

dos mil tres mil



Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué

Ediciones
Unibagué



**Universidad
de Ibagué**

Comprometidos con el desarrollo regional

dos mil
tres mil

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
2018



Revista *Dos mil tres mil*
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Ibagué
Diciembre de 2018
Volumen 20, n.º 1
ISSN Digital 2539-1933
doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/201>

Presidente del Consejo Superior
Luis Enrique Orozco Silva

Rector
Francisco César Vallejo Mejía

Decano
Luis Fernando Sánchez Huertas

Editora Académica
Constanza Vargas Sanmiguel



© Universidad de Ibagué, 2018
Francisco Alfonso Ríos Gamiño, José Luis Leal Espinoza, Daniel Montero Zendejas,
Hernando A. Hernández Quintero, Magda Stella Reyes Reyes, Esperanza Castillo Yara,
Edwar Serna Peña, Sebastián Maestre Gallego, Jaime Alberto Arrubla Paucar,
Jaime Esteban Arrubla Devis, Constanza Vargas Sanmiguel, 2018.

Portada: Composición VII. Wassily Kandinsky
Diseño y diagramación
Pedro Nel Cabrera Vanegas

Dirección editorial: Oficina de Publicaciones,
ediciones.unibague.edu.co
Universidad de Ibagué, Carrera 22, Calle 67
Barrio Ambalá, Ibagué, Colombia
Tel (57-8) 2709400. www.unibague.edu.co
publicaciones@unibague.edu.co

Tabla de contenido

Presentación	7
INVESTIGACIÓN	
Constitucionalización de los derechos a la igualdad en la interpretación principialista del derecho a la educación como factor de cambio social. Concepto jurisprudencial, vulneración y reparación. Estudio del amparo contra normas 1308 de 2014	11
Francisco Alfonso Ríos Gamiño y José Luis Leal Espinoza	
México: Sucesión pactada ¿Muerte de la política?	35
Daniel Montero Zendejas	
Aplicación de los principios de la imputación objetiva en la actividad médica	59
Hernando A. Hernández Quintero	
Desafíos de la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz	87
Magda Stella Reyes Reyes	
El principio de la buena fe y dineros pagados en exceso por la Administración Estatal: Un análisis de las sentencias del Consejo de Estado	109
Esperanza Castillo Yara	
Democratización de la producción de la energía eléctrica en Colombia a partir de la Ley 1715 de 2014	135
Edwar Serna Peña y Sebastián Maestre Gallego	

RECENSIONES

Semblanza de Hernando Devis Echandía 153

Jaime Alberto Arrubla Paucar y

Jaime Esteban Arrubla Devis

EVENTOS ACADÉMICOS

Presentación del libro: El Lavado de Activos, del maestro 171

Hernando A. Hernández Q.

Constanza Vargas Sanmiguel

Editorial

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué presenta la edición número veinte de su revista *Dos mil tres mil* correspondiente al año 2018, publicación que constituye un baluarte del conocimiento de la comunidad jurídica y política, que propende por la permanencia de espacios de divulgación de los temas de discusión académica e investigativa a nivel regional, nacional e internacional.

La discusión en torno al enfoque de una publicación académica puede ser diversa; mucho más cuando las discusiones actuales giran en torno a la definición de procesos de estandarización para la medición de su calidad. Sin embargo, no debe olvidarse que la naturaleza de los orígenes de esta clase de publicaciones se encuentra vinculada con la producción de un impacto en la comunidad que le rodea, para generar propuestas de cambio o mejoramiento con enfoque positivo.

De esta manera, contar con aportes de autores internacionales nos permite mantener un valioso punto de contacto con las exigencias del mundo globalizado que, a su vez, exige transformaciones en la mirada y en el análisis de los procesos de la sociedad entendida como fuente real que impulsa los cambios políticos y jurídicos, lo que sin duda influye en espectros regionales y locales. Por otro lado, los aportes de autores nacionales permiten reconocer cuáles son las situaciones problemáticas que vislumbramos desde la comunidad académica colombiana y cómo podríamos brindar propuestas para mejorarla.

Considero que la revista *Dos mil tres mil* conjuga estos elementos, creando sinergias entre lo propio y lo foráneo, para que los manuscritos que le componen tengan impacto diverso pero pertinente.

De la misma manera, la revista permite diferentes ventanas de conocimiento que atienden los intereses del universo de autores que compone la comunidad jurídica y política, comprendiendo sus etapas heterogéneas y progresivas, algunas que se rigen por un camino de investigación formativa y disciplinar que busca nutrir las discusiones normativas o políticas de las aulas de pregrado y posgrado, así como de otros ámbitos de controversia profesional gubernamental o no, y de la misma manera a quienes avanzan en un proceso de desarrollo investigativo con pautas de rigurosidad distintas, en línea con la estandarización que esta comunidad viene proclamando.

Esta es la razón por la que nuestra revista proporciona un espacio llamado *Doctrina*, que atiende artículos especializados en línea con los estándares más rigurosos en la materia, y otros como los que hemos denominado *Jurisprudencia* y *Recensiones*, atendiendo líneas de producción académica en progreso. Por su parte, la llamada *Ventana al estudiante* busca darle visibilidad a los trabajos de los más destacados que se interesan por la indagación a profundidad de temas pertinentes para la comunidad en la que se encuentran insertos. Finalmente, se conserva un espacio dirigido a los *Eventos de la Facultad* con el firme propósito de la pervivencia de la memoria histórica de todo lo que en ella ocurre como actora relevante de la región y el país.

En esta edición, el lector podrá encontrar como parte de la sección *Doctrina* una valiosa gama de análisis académicos de diversos asuntos de destacada vigencia, tales como el titulado *Constitucionalización de los derechos a la igualdad en la interpretación principialista del derecho a la educación como factor de cambio social. Concepto jurisprudencial, vulneración y reparación. Estudio del amparo contra normas 1308 de 2014* de los profesores Francisco Alfonso Ríos Gamiño y José Luis Leal Espinoza; así como el aporte del profesor Daniel Montero Zendejas bajo el título *México: Sucesión pactada ¿Muerte de la política?* Siguiendo en la sección, puede encontrarse el estudio del profesor Hernando Hernández en torno a la *Aplicación de los principios de la imputación objetiva en la actividad médica*, y la propuesta de la profesora

Magda Reyes sobre los *Desafíos de la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz*. Finalmente, puede revisarse el estudio de la profesora Esperanza Castillo sobre *El principio de la buena fe y dineros pagados en exceso por la Administración Estatal: Un análisis de las sentencias del Consejo de Estado*, y el aporte de dos nuevos jóvenes autores como son Edwar Serna y Sebastián Maestre en torno a la *Democratización de la producción de la energía eléctrica en Colombia a partir de la Ley 1715 de 2014*.

En la sección dedicada a las reseñas puede revisarse la semblanza sobre el maestro *Hernando Devis Echandía* escrita por los señores Jaime Alberto Arrubla Paucar y Jaime Esteban Arrubla Devis. En lo referente a *Eventos de la Facultad* se ha incluido la presentación hecha por la suscrita en el lanzamiento del libro *El lavado de activos*, que constituyó la cuarta edición del mismo realizada por el maestro Hernando Hernández.

Agradezco la permanente y dedicada colaboración de los profesores miembros de nuestro Comité Editorial, quienes contribuyen desde sus disciplinas en la mirada crítica de la labor que aquí se propone. Desde luego, el apoyo permanente de Ediciones Unibagué es fundamental para llevar a buen término este proyecto, así como el direccionamiento que se ha hecho desde la Decanatura de la Facultad que actualmente dirige el profesor Luis Fernando Sánchez.

De esta manera, entregamos a los lectores esta vigésima edición de nuestra preciada revista *Dos mil tres mil*, convencidos de que el acceso abierto a esta clase de discusiones académicas contribuye de manera incansable a la construcción de una mejor sociedad.

Constanza Vargas Sanmiguel
Editora
Revista *Dos mil tres mil*

Constitucionalización de los derechos a la igualdad en la interpretación principialista del derecho a la educación como factor de cambio social. Concepto jurisprudencial, vulneración y reparación. Estudio del amparo contra normas 1308 de 2014

Francisco Alfonso Ríos Gamiño *

José Luis Leal Espinoza **

Recepción: 03/06/2018 • Aprobación: 18/09/2018 • Publicación: 19/12/2018

Sumario: 1. Introducción. 2. Presupuesto, impuestos y educación como variables en la toma de decisiones del Estado democrático. 3. Herramientas del Estado social para la protección del derecho a la educación superior. 4. Análisis: Estado del arte respecto de la defensa constitucional a través del juicio de garantías, juicio 1308 de 2014. 5. Declaración de principios de la educación en México (equidad y eficacia). Ponderación en materia de derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional mexicano. 6. Consideraciones finales: constitucionalización de los principios de igualdad y de acceso a la educación. Referencias. Anexo.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Coahuila (Facultad de Jurisprudencia). Ha sido miembro de la judicatura federal mexicana como secretario proyectista de Tribunales de Circuito. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla-La Mancha. Maestrante en Derecho Penal y Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Coahuila (UAdeC).

** Doctor en Constitución y Derechos Fundamentales por la Universidad de Alicante, España. Medalla al mérito como Huésped Ilustre y Embajador Académico de las ciudades de Cartagena de Indias y Pasto en Colombia. Académico Numerario del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales en España. Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores (Sni-Conacyt). Perfil Deseable del Prodep-Sep Autor de una veintena de libros, capítulos de libros, artículos en revistas indexadas y arbitradas en Europa, Sudamérica y México. Actualmente es profesor investigador de tiempo completo y coordinador de Posgrado e Investigación de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Coahuila, México.

Para citar este artículo

Ríos Gamiño, F., & Leal Espinoza, J. (2018). Constitucionalización de los derechos a la igualdad en la interpretación principialista del derecho a la educación como factor de cambio social. Concepto jurisprudencial, vulneración y reparación. Estudio del amparo contra normas 1308 de 2014. *Dos mil tres mil*, 20 (1), 11-34. doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/20101>

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo dejar plasmada la forma de interpretar disposiciones constitucionales en México, a través del estudio del caso enmarcado en el Juicio de Amparo 1308 de 2014 del Juzgado Primero de Distrito con sede en Saltillo, Coahuila, México. Su trascendencia radica en la armonización hermenéutica de los criterios tributarios en los que se aprecia una vulneración al principio de igualdad, manifestando sus efectos interpretativos pro persona en los criterios garantistas de las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Se aborda la constitucionalización en sede judicial de los principios que nutren el derecho a la educación. La hipótesis que se plantea radica en la pertinencia en la cual una universidad pública que por Ley se le ha dotado de autonomía, debe o no pagar tributos directos locales; máxime si la institución de educación superior debe proporcionar servicios educativos para el mejoramiento de su entorno social, enarbolando los principios que orientan al artículo 3.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Palabras claves: Igualdad, equidad, educación, educación superior, efectos de las sentencias de amparo, proporcionalidad, bloque de constitucionalidad, convencionalidad, justiciabilidad, garantismo y derechos humanos, cambio social.

Abstract

The present investigation has as objective to leave reflected the form to interpret constitutional dispositions in Mexico; through the study of the case framed in the Amparo trial 1308/2014, of the first court of District in Saltillo, Coahuila; Mexico. Its transcendence lies in the hermeneutical harmonization of tax criteria in which a violation of the principle of equality is observed, manifesting its interpretative effects pro persona in the guarantee criteria of the judgments of the Constitutional Courts. The judicial constitutionalization of the principles that nurture the right to education is addressed. The hypothesis that arises lies in the relevance in which a public university that by law has been given autonomy, should or should not pay local direct taxes; especially if the institution of higher education should provide educational services to improve

the social environment, upholding the principles that guide Article 3 of the Constitution of the United Mexican States.

Keywords: Equality, equity, education, higher education, effects of the Amparo sentence, proportionality, constitutional block, conventionality, justiciability, guaranteeism, human rights, social change.

1. Introducción

Mediante el presente estudio nos adentramos a una experiencia en el mundo del litigio de algunos tópicos aprendidos durante el ejercicio académico y profesional, que dio como resultado una sentencia interesante. Máxime porque se buscó la declaración de inconstitucionalidad de una ley tributaria local; lejos de ello, por las mismas razones, se decretó aplicar de forma extensiva un beneficio contenido en el artículo 32, fracción II, de la Ley de Hacienda del Estado de Coahuila de Zaragoza. En la secuela del amparo se aplicaron conceptos doctrinarios como herramientas en el litigio que tuvieron eco en la autoridad de control constitucional.

El presente análisis intenta cubrir la metodología de todo trabajo universitario. Por ello la aproximación al objeto de estudio. Esto es, la sentencia sujeta a escrutinio se aleja de la razón meramente pragmática de los intereses de quien ejerce la abogacía o se encarga del dictado de providencias jurisdiccionales como titular de algún órgano judicial. Se trata pues, de una aproximación a la praxis judicial del amparo, que nos permita un mejor entendimiento de los instrumentos que fungen para escudriñar las razones esgrimidas al plantear demandas y emitir sentencias; circunscrito el análisis al pronunciamiento de primera instancia del juicio de amparo.

Ahora bien, en otras latitudes, el Derecho se enseña a través del análisis de precedentes, incluso existe un método de estudios de casos y precedentes judiciales; allá en donde las sentencias son la materia prima en la cátedra y pilar de los argumentos invocados por las cortes de justicia. El trabajo de selección, compilación y sistematización siempre ha sido una herramienta

esencial para el abogado, en formación o en franco ejercicio de la profesión y jueces del derecho anglosajón. En nuestro contexto jurídico, no estamos alejados de esa realidad; por tanto, nos atrevemos a señalar que pocos documentos en el foro (demandas, sentencias y otros) omiten la cita de algún precedente. Sin embargo, en nuestra formación como licenciados en Derecho es escaso el método dialéctico de la lectura y el análisis de decisiones judiciales trascendentes. Sin desconocer el esfuerzo y vientos de cambio que soplan en el ámbito académico, mediante el estudio del arte, la ponderación y el diálogo entre los tribunales internacionales con el juez constitucional mexicano.

Enseguida, señalamos que las sentencias de los jueces de amparo son decisiones racionales, que a su vez tienen apoyo en precedentes y jurisprudencia; esto es, en otros fallos judiciales que se deben atender normativamente. No obstante, en cada pronunciamiento judicial existen avances significativos. Precisamente, como uno de esos componentes que integran dicho razonamiento jurídico expresado en discursos complejos basados en información, datos, generalidades, razones e incentivos jurídicos y no jurídicos (Tron, 2013). Así, además de ser el caso en estudio una prueba de que la formación tiene aplicación y resonancia en la práctica judicial, en la realidad también se sustenta el avance y penetración de la reforma de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico, así como elaborar análisis con mayor profundidad.

En lo particular resulta muy interesante como el juez constitucionalizó el derecho a la igualdad, expresado en el ámbito tributario como principio de equidad, y lo concatenó con los principios rectores la ciencia jurídica, entre los que destaca el derecho a recibir educación, o la obligación a proporcionarla por el Estado. De igual forma, resulta particular como el órgano de control constitucional, en lugar de expulsar del ordenamiento jurídico la norma incompatible con la Constitución, forzó la integración de

una disposición normativa para el caso en particular y con ello procura dar vigencia a la máxima de igualdad, así como concretar la visión de los citados principios que dan sustento al derecho a la educación en comento.

A manera de advertencia, tenemos que señalar que inicialmente el grupo de abogados que intervinieron en el proceso de redacción de la demanda no fueron perceptivos con los planteamientos, principalmente porque en los órganos federales los titulares de los órganos en la práctica son reacios al tema de interpretar con herramientas hermenéuticas los derechos humanos; por ello, al estimar que se podría alejar el juzgador del análisis de las garantías tributarias, se llegó al conceso de dar un espacio modesto al planteamiento sobre la educación superior como derecho humano, sin distraer al órgano de control constitucional del punto claramente demostrable que apuntaba más al análisis tradicional de legalidad. También debemos señalar que la presente investigación no abordará esa temática derivada de la violación de temas ajenos al pronunciamiento de inconstitucionalidad, ello para tener un mejor entendimiento de los temas que aquí tratamos.

Para ilustrar lo anterior desde una perspectiva cuantitativa, en el caso de la demanda que da origen al estudio exhaustivo por parte del juez constitucional respecto de la idoneidad de invocar el citado control de convencionalidad, se redactaron 92 fojas tamaño oficio, de las cuales 19 corresponden al concepto de violación de la inconstitucionalidad de normas generales y en solo 5 folios se expuso las cuestiones sobre la educación, 55 a diversos conceptos sobre la violación de los artículos 14 y 16 de la Constitución; ya en el fallo de primera instancia que fue de 31 hojas, el considerando sexto se plasmó en 17 fojas y sobre la educación superior la argumentación fue de 4.

A continuación se presenta la exposición cuantitativa (Tabla 1) respecto de los precedentes que han causado ejecutoria en la décima época referente a los criterios vertidos por unanimidad, mayoría de votos y votos particulares del Pleno de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tabla 1. Comparativa de precedentes de control y ponderación constitucional.
Suprema Corte de Justicia de la Nación

Extensión	Demanda		Sentencia	
	Fojas	Porcentaje	Fojas	Porcentaje
Total	92	100	31	100
Constitucionalidad	19	20	17	54
Educación	5	5	4	12
Legalidad	55	59	0	0

Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Décima época. Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. Tomo I. Año MMXVI. Estados Unidos Mexicanos.

Con esta medición de variables, se pretende mostrar la hipótesis de que si bien es cierto existe un desarrollo del derecho a la educación, que alcanza asomar visos de progresividad en el derecho, no es menos cierto que los operadores jurídicos no apegan sus criterios al tratamiento y discurso de los derechos humanos, quizá por falta de confianza, cultura en la materia, o evitar complicar el resultado de litigios que se saben ganados de antemano por la aplicación de tesis que han sentado jurisprudencia de observancia obligatoria por parte de nuestro máximo tribunal.

2. Presupuesto, impuestos y educación como variables en la toma de decisiones dentro del Estado democrático

Se sostiene que parte de lo que está en juego en la política es el 30 % (treinta por ciento) del producto interno bruto. De igual forma, un porcentaje de similar forma parte del acervo del capital de una sociedad moderna, en el que se integran caminos, edificios escolares, laboratorios de investigación y un largo catálogo de bienes que componen el sector público; así, cerca de un tercio de la riqueza nacional está en juego en la arena política. Además de tener una nómina de entre un doceavo a un octavo de la fuerza laboral nacional en la burocracia. En estas condiciones, la política significa el bienestar de la población; en cómo se fija la inflación al determinar precios,

la capacidad del ahorro individual, ocupación laboral, en proporcionar las oportunidades de movilidad vertical en la escala social (Deutsch, 1998).

De este modo, nuestras condiciones como ciudadanos son resultado de la interacción del proceso político con la sociedad. Lo que nos sucede por esa interacción afecta a los patrones económicos, sociales y culturales; aunque frecuentemente sean considerados ajenos a lo político (Deutsch, 1998).

Frente a ello, la miseria y la ignorancia son manifestaciones del abandono, de la falta de compromiso de la sociedad; en suma, de la desafección a la política, la falta de un debate público con información de calidad y un sistema democráticamente deficitario es un campo de cultivo propicio para las prácticas clientelares enmarcadas en un paupérrimo desarrollo social.

Lo político tiene expresiones financieras, una de ellas se manifiesta en las relaciones tributarias y presupuestarias, pues es la configuración de las contribuciones al gasto público y, por ende, de todo impuesto estatal y político. Los fundamentos jurídicos positivos de los tributos se sustentan en principios y normas constitucionales contenidas principalmente en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución. Dado que para poder irradiar su capacidad expansiva y universal, el Estado necesita hacerse de recursos, toda vez que el Gobierno esté en condiciones de prestar sus servicios e intente alcanzar los fines a los que se ha encaminado, en otras palabras, generar políticas públicas.

De las líneas generales de nuestro modelo deductivo, aterrizamos a la particularidad, complejidad y riqueza jurídica del caso; esto es, se analiza y surge a partir de una consulta sobre la legalidad del cobro del Impuesto Sobre Nómina (en adelante Isn); tributo local en el Estado de Coahuila, el cual era requerido como adeudo fiscal a la universidad pública, dotada de autonomía. Evidentemente, el punto de partida de la autoridad recaudadora descansó en la premisa legal de que toda persona, incluso una institución de educación superior, tiene la obligación normativa de pagar el Isn.

En este contexto, se debe entender que las finanzas públicas en el Estado mexicano, y sus entidades federativas, se integran y se sostienen en buena parte con los ingresos tributarios (De la Garza, 2008), por ello a nivel

constitucional se contiene la obligación de todos a contribuir con el gasto público (Arteaga, 2012). El comportamiento observado del gasto público en educación del año 1991 fue el 11.6 % mientras en 2014 fue 19.1 %; esto es, el gasto creció cerca de 90 % en un periodo de 23 años (Banco Mundial, 2018). Por ende, en este en concreto, resulta destacado el gasto en la educación en todas sus etapas, al margen de que en el desglose de la suma sea destinado al rubro de servicios personales y no al incremento de la calidad ni oferta o al acceso, desarrollo y justiciabilidad del derecho.

Por otro lado, en nuestro máximo pacto político dentro del Estado mexicano se contiene a nivel constitucional el respeto a derechos básicos como la igualdad y la educación.

En relación con la igualdad en una primera aproximación en el tema a estudio como derecho fundamental, implica la creencia de que todos debemos pagar impuestos, como un enunciado absoluto y de positivismo ortodoxo. Esta fórmula no es del todo acertada, dado que si bien existe en la integración de la norma básica de tratar igual a los iguales, también se atempera con el complemento del trato diferenciado a los no iguales, expresado en el tratamiento desigual a los desiguales. Bajo esa tesis se pudo advertir que la Ley base del tributo otorga un trato de privilegio a ciertas personas y que estas compartían las características de distinción con la universidad omisa en el pago del tributo.

La educación resulta entonces el derecho de todos los mexicanos a tener acceso a ella. En este escenario, la educación superior es un bien jurídico que todo Estado moderno debe preservar acorde al concierto internacional (Unesco, 1998). Los Estados que en sus políticas públicas privilegian a la educación elevan su producto interno bruto, esto es, el nivel educativo incide en la generación de riqueza de los países.

Lo antes apuntado conlleva la necesidad de financiamiento público para cumplir con sus obligaciones constitucionales como pacto político superior, por ello los Estados y la Federación en México necesitan recursos; esto es, recaudar lo suficiente para poder proporcionar educación. En otra arista, la educación superior puede ser impartida por entidades públicas a las que se

les dota de autonomía, la misma que en su expresión patrimonial en algún momento se exentó del cobro de impuestos federales a tales instituciones.

En ese contexto, aparecía altamente aconsejable cuestionar la norma estatal coahuilense, que imponía la carga tributaria a la Universidad Autónoma Agraria Antonio Narro (en lo sucesivo denominada uaaan) a pagar la contribución sobre su nómina y generar un esquema financiero para la Federación, la entidad federativa y la Universidad desindexado del pacto federal y no armónico a la Constitución, por la falta de una adecuada integración de la igualdad y el acceso a la educación superior, por privilegiar la recaudación en el ámbito local en Coahuila, situación incompatible con los artículos 1, 3 y 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que, finalmente, significaba una pérdida de recursos financieros para que la Universidad cumpliera con sus fines educativos.

El veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006) se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Orgánica de la Universidad Autónoma Agraria Antonio Narro. La publicación del Decreto que contiene la Ley Federal de creación del ente universitario implicó, entre otra cosas, acorde a su artículo 3, dotar de autonomía y fijar los objetivos fundamentales de los que se destacan: impartir educación de las ciencias agrarias para la solución de problemas del medio rural nacional; realizar investigación en el área para su desarrollo sustentable (tecnológico, social, económico y ecológico) y preservar, promover, investigar y acrecentar la cultura, la ciencia y la tecnología en general, mediante un intercambio con la sociedad que genere una contribución al desarrollo sustentable.

Se debe precisar que la institución inició operaciones en 1919, al aprobarse localmente las *Bases para el Funcionamiento de la Escuela de Agricultura de Coahuila* con el nombre de Antonio Narro. Posteriormente, en año 1923 se fundó la Escuela Regional de Agricultura Antonio Narro. El 4 de abril de 1989 se creó la Ley Orgánica que otorgó el carácter de universidad autónoma por el Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza.

Ahora la legislación de 2006 tuvo como consecuencia que el Legislador coahuilense derogara esa norma estatal, para desincorporar los bienes de la Universidad y aportarlos dentro del nuevo esquema legal de la institución superior. Este cambio se motivó porque la Federación, desde 1971, sostiene la operación de la Universidad al aportar la mayoría de los recursos.

Es importante no dejar de lado el numeral 5 de la nueva Ley Orgánica, en el que se señala de forma expresa que “no se podrá constituir... ningún gravamen” en bienes (muebles e inmuebles) de la Universidad, mientras estén destinados al servicio de esta no se podrán gravar con impuesto alguno. Este aspecto normativo como una expresión de la autonomía universitaria en el plano patrimonial.

Dada la coyuntura, el isn es un impuesto local instrumentado en la Ley de Hacienda para el Estado de Coahuila de Zaragoza, publicada el 25 de noviembre de 2011, en el Periódico Oficial del Estado, en los artículos 21 a 32. Si bien existe la contribución desde 1995, también los es que la legislación hacendaria se revisó, lo que dio lugar a un nuevo texto para el ejercicio fiscal de 2012.

Así, frente a las normas federales en las que se dispuso el nacimiento de la universidad, para colmar el acceso a la educación y en lo particular beneficiar al campo, se instrumenta el isn, que en el ámbito local grava los pagos por remuneraciones al trabajo personal en relación con la dependencia, que no es otra cosa que la relación laboral. Por tanto, está obligado a cubrir el tributo el patrón que remunere a sus trabajadores. La base del isn se integra por sueldos y salarios y otros conceptos (tiempo extraordinario, premios, primas, bonos, estímulos e incentivos, compensaciones, gratificaciones, aguinaldo, aportaciones al fondo de ahorros, primas de antigüedad, se asimilan: pagos realizados a administradores, comisarios, miembros de los consejos directivos de vigilancia o administración de sociedades y asociaciones). Tributo que, en parte, podemos considerar que está orientado a garantizar la educación.

3. Herramientas del Estado social para la protección del derecho a la educación superior

En su mayoría, los asuntos sociales se intensifican con la pobreza y se mitigan con la riqueza; además, bajo ciertas circunstancias se expande la creación de oportunidades en el entorno de una comunidad que efectivamente genere riqueza, frente a otra sin esa posibilidad generadora. Ahora los gobiernos y los procesos políticos desempeñan un papel importante en el crecimiento y distribución de los recursos en cada país (Deutsch, 1998).

Resulta que la educación tiene relación directa con la economía, proporcionar instrucción depende de los recursos públicos y privados disponibles, ya sea para vencer el analfabetismo, acceder a la educación superior y generar investigación. Existen mediciones al respecto. Por todo ello, podemos afirmar que el nivel de analfabetismo se relaciona inversamente con el ingreso per cápita, así como la relación entre estudios universitarios e ingreso nacional. Es cierto que aunque la riqueza, un ciclo de producción robusto y su amplia distribución resultan muy importantes, no lo es todo. Así los recursos de los que dispone una sociedad, asociado al nivel educativo y la salud son inherentes a la calidad de vida y el equilibrio entre ellas genera una simbiosis que descansa en las decisiones políticas que tome el conjunto social (Deutsch, 1998).

En la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior se pronunció la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el siglo xxi (Unesco, 1998); se señaló que la educación superior comprende la formación en el nivel postsecundario, impartida por una universidad o centros de enseñanza superior y se destacó como desafío, su financiación. Sobre ese particular, se precisó que la financiación de la educación superior debe corresponder a la de un servicio público, dado que el apoyo público a la educación superior y a la investigación resulta fundamental para asegurar su misión social (Deutsch, 1998).

Por eso resultaba contrastante, fuera del marco constitucional, que a una universidad autónoma enfocada a desarrollar el campo se le requiriera el cobro de un crédito fiscal por parte de la autoridad tributaria local, precisamente, para cubrir un impuesto cuya recaudación en parte se destina a la educación.

Luego, al elaborar un análisis de las exenciones del isn se encontró que estaban instituidas excepciones de pago de la contribución, con base en hipótesis derivadas de cuestiones de carácter económico, político y social, algunas de esas características compartidas precisamente por la universidad agraria; algo que, de entrada, no correspondía con el discurso plasmado en la Constitución y ubicaban la mecánica del impuesto sin sustento argumentativo y axiológico en el pacto fundamental.

Ahora, el juez engarzó la igualdad y la educación en el marco del caso en estudio, cuyo resultado fue constar la vulneración respecto de ambos derechos fundamentales. A partir de pronunciar la violación a derechos fundamentales, el juez de control constitucional fijó los efectos de la sentencia. Para poder restituir el orden jurídico, el juez federal se apartó del papel que marcan los postulados de la justicia constitucional; esto es, no se redujo solamente a expulsar la norma incompatible con la Constitución, sino que ordenó integrar a la universidad los casos de exención, al pronunciar que se hiciera extensivo el beneficio.

Nos atrevemos a señalar que pocos documentos en el foro (principalmente demandas y sentencias) carecen de la cita de algún precedente. Sin embargo, en nuestra formación profesional es escasa la lectura y análisis de decisiones judiciales trascendentes. Sin desconocer el esfuerzo y vientos de cambio que soplan en el ámbito académico y formativo, mediante un mayor análisis de sentencias de nuestros tribunales.

Enseguida señalaremos que toda sentencia es una decisión racional, que se orienta a un fin consistente en la solución de un problema planteado a través de tres elementos: premisas, conclusión e inferencias (Atienza, 2013). En materia de justicia constitucional mexicana se construyen esos tres

elementos con apoyo en precedentes y jurisprudencias; los primeros para fortalecer la motivación y las segundas por ser fuentes formales de derecho (Góngora, 1997), así como sentencias *erga omnes*; no obstante ello, en cada pronunciamiento judicial existen avances. Además, el caso en prueba que lo estudiado tiene resonancia en la práctica judicial; en la realidad, también funciona como elemento comparativo que da cuenta de la evolución del derecho procesal constitucional y la penetración de la reforma en materia de Derechos Humanos.

Por ende, se analizan los argumentos plasmados en la sentencia de amparo para sostener la vigencia de derechos fundamentales como la igualdad y el acceso a la educación frente a una norma legal que instrumenta la obligación constitucional de aportar al gasto público que tenemos todos los mexicanos; y, en otro plano, advertir que en ese pronunciamiento judicial la solución excede a los que sostiene parte de la comunidad respecto de las consecuencias de fallos estimatorios de inconstitucionalidad.

4. Análisis: Estado del arte respecto de la defensa constitucional a través del juicio de garantías 1308 de 2014

La presente investigación analiza la sentencia dictada dentro del juicio de amparo 1308 de 2014, del índice del Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Coahuila, exclusivamente en la parte de los razonamientos de derechos que sirven para resolver la cuestión de constitucionalidad planteada, el desglose del discurso judicial en que el juez constitucional ha fallado el asunto propuesto y como ordena los efectos de ejecución de su pronunciamiento.

En lo particular, aborda la construcción judicial que permitió enlazar dos derechos fundamentales como igualdad y educación, para proponer las líneas generales de cada uno y abordar su constitucionalización en la sentencia, en la que aparece una nota de activismo judicial para dar viabilidad al fallo y al orden del pacto político contenido en la Constitución.

5. Declaración de principios de la educación en México (equidad y eficacia). Ponderación en materia de derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional mexicano

El derecho fundamental de la igualdad, el cual expresa en su sentido más amplio de que todos somos iguales ante la Ley y los órganos del Estado, dicha expresión *erga omnes* de ese derecho en materia tributaria alude a la obligación que todos tenemos de aportar a los gastos públicos mediante el pago de contribuciones, pero invariablemente de forma equitativa.

El derecho a la educación, y en particular la superior, referido como bien público en la Declaración de París (Unesco, 2012), captado en la sentencia, consiste en la posibilidad de acceder a una formación educativa, basada en los principios constitucionales; esto es, dotar de acceso a la educación a la población con cierta calidad y características; al margen de la complejidad y mayor alcance del artículo 3.º constitucional.

La reparación constitucional de derechos vulnerados condiciona los efectos de las sentencias de amparo y su ejecución, las directrices legales facultan al juez de amparo que en juicios contra normas únicamente permiten la expulsión del ordenamiento jurídico de las que sean contrarias a la Constitución. Pero en caso de temas de igualdad, la reintegración de ese derecho fundamental, al parecer es una solución que está más allá de ser ignorada en el caso concreto o la simple desaplicación de leyes bajo la figura del legislador negativo (Asensi, 2004).

El objeto de estudio al que alude el presente trabajo reside en el análisis de la constitucionalización, plasmada en la sentencia, de la igualdad en la intersección de los principios constitucionales nacionales que rodean el derecho al acceso a la educación. De entrada, el marco constitucional del derecho a la igualdad implica una breve revisión de la doctrina, la interpretación jurisprudencial que sirve de sustento a la demanda y al pronunciamiento de inconstitucionalidad que se encuentra en la última parte considerativa de la sentencia. En líneas generales, previo al concepto jurídico, en una consulta lingüística, el significado de igualdad tiene distintas referencias como:

“...Del lat. *aequalitas*, -ātis 1. f. Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad...3. f. Principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones” (Real Academia Española, s.f.). Así encontramos que el significado del vocablo por sí mismo alude al tema legal de la igualdad.

En el mundo de las ideas encontramos el postulado aristotélico de tratar igual a los iguales y dispensar un trato desigual a los desiguales, que aparece en su libro de *Ética a Nicómaco* (Aristóteles, 2014), pero no tiene desperdicio lo expresado en política, en su capítulo XIII “De la igualdad y de la diferencia entre los ciudadanos en la ciudad perfecta... La igualdad es la identidad de atribuciones entre seres semejantes, y el Estado no podría vivir de un modo contrario a las leyes de la equidad” (Aristóteles, 1997:197-198); el autor elabora esta transcripción alrededor de los motivos para educar a gobernantes y gobernados, ante la alternancia entre el mando y la obediencia, con división del sistema educativo de ciudadanos que proponía para su ciudad perfecta, acorde a su posición en las categorías señaladas.

Retomando la línea discursiva del pacto federal mexicano, el concepto de igualdad como derecho fundamental lo encontramos consagrado en los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, primer párrafo, 12, 13 y 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La institución jurídica en el marco constitucional referido, consiste en el tratamiento igualitario que deben recibir todos aquellos que se encuentren en la misma situación, regulada por ordenamientos de carácter general (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004:37).

La Constitución de manera genérica ordena dar un trato igual a los iguales, dado que estatuye que todos los gobernados gocen de los derechos y las libertades que ella misma establece, y prohíbe la discriminación. También para cumplir con ese derecho fundamental, permite dar un trato desigual a los desiguales, pues ese mismo texto reconoce a ciertas minorías vulnerables y da tratos de excepción para nivelarlas frente a las mayorías (Arteaga, 2012).

Incluso, como advierte el mismo Arteaga Nava (2012), la norma constitucional prevé tantas situaciones extraordinarias que resulta complicado encontrar normas generales, sostiene que se ha terminado por discriminar a los no indígenas, hombres, mayores de edad, patrones, pequeños propietarios. Aunque la crítica apuntada pierde sustento, si las diferencias marcadas en la Constitución tienen fundamento en criterios objetivos y razonables y, además, atienden a la finalidad constitucional de manera proporcional.

El derecho fundamental de la igualdad procura evitar la discriminación, esto es una obligación del Estado que implica evitar una inclinación manifiesta trascendente a grado tal que afecte a un sector de la sociedad o repercuta en el funcionamiento de entidades de Gobierno. El mismo Arteaga Nava señala: “La discriminación es una realidad que hiere a minorías impotentes; otras, por razón... económica e influencias... están ajenas a sufrirla” (Arteaga, 2012: 72).

Debemos apuntar que desde el 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vía interpretación constitucional, integra a la igualdad formal, combatida de forma habitual, la igualdad sustancial o política. Uno de los elementos determinantes de la igualdad es la razonabilidad que se constituye como fundamento objetivo y razonable, para distinguir entre personas ubicadas en hipótesis fácticas distintas. También debe existir una relación de proporcionalidad entre la medida y la finalidad perseguida por la norma. Luego es válido diferenciar siempre que sea objetivo y razonable, y tenga relación proporcional con la finalidad normativa. Finalmente, hay tratos diferenciados prohibidos por el artículo 1.º de la Constitución cuando estos atenten contra la dignidad humana, derechos o libertades personales. Tal como se desprende de la jurisprudencia que adelante se indicaran.

En el foro profesional es de imperante actualidad el reconocimiento que se le proporciona al derecho de igualdad en materia tributaria bajo los auspicios del principio de equidad. Dentro del capítulo II del Título Primero de la Constitución, se estatuyó lo referente a las obligaciones de los

mexicanos, en su numeral 31 se integró un catálogo de las obligaciones que tenemos como ciudadanos, entre otras, en la fracción IV se lee: “Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”. Contribuir al gasto público no es otra cosa que pagar contribuciones que las leyes nacionales señalen y fijen conforme a sus propias reglas de operación.

Se reitera que la equidad tributaria resulta ser una expresión de la igualdad. En el cumplimiento de las contribuciones, la equidad se manifiesta cuando la norma reconoce diversas situaciones de hecho, que distingue las distintas capacidades o fuentes de generación de riqueza, para apreciar las situaciones de hecho que permiten o impiden contribuir al gasto público de la forma que la Ley capte una manifestación real bajo un mismo plano y sin distingos.

La equidad tributaria se delimita por los elementos siguientes: a) no toda desigualdad implica una manifestación de la inequidad, sino únicamente es aquella desigualdad que produce una distinción entre situaciones tributarias sin que exista una justificación objetiva y razonable; b) a las mismas situaciones fácticas deben aplicarse la mismas consecuencias jurídicas; c) se puede tratar de forma desigual, sin embargo está proscrito distinguir de forma artificiosa o injustificada; y, d) el trato tributario diferenciado, y acorde a la igualdad, la consecuencia normativa debe ser proporcionada, de tal manera que la medida, el resultado y fin del Legislador superen el juicio de equilibrio (Pleno, 1997: 43).

Esto significa que desde el más Alto Tribunal del país se hace una interpretación expansiva del derecho fundamental de la igualdad, en su expresión genérica y en la tributaria, con base en criterios objetivos y razonables para superar desigualdades materiales y no solo formales (López, et al., 2013).

La educación y los derechos fundamentales vinculados a su ámbito han estado presentes con frecuencia en el constitucionalismo contemporáneo.

Nuestro pacto político fundamental no se abstrae de esa orientación, dada la importancia de la educación con el bienestar y su contexto sociopolítico.

En el artículo 3.º constitucional se plasma el derecho fundamental de acceso a la educación, en el que se instituye la obligación del Estado para generar esa posibilidad, del nivel preescolar, primaria y secundaria. La reglamentación del marco constitucional del derecho a la educación es un precepto extenso y complejo que busca el equilibrio político, dando cabida a principios y derechos que se limitan recíprocamente. El catálogo contiene el derecho a la educación, la obligación de impartir la obligación básica obligatoria (de preescolar a secundaria); las características de científica, democrática, nacionalista y humanista. Además, la regulación constitucional no se agota en el dispositivo citado, pues como bien se sabe, a partir de 2011, se deben tener en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tratados y acuerdos suscritos y ratificados por el Estado mexicano.

En esa norma se establecen principios de ese derecho como la laicidad de la educación pública, su gratuidad y la necesidad de normas federales para unificar y coordinar el sistema educativo. En el ámbito internacional se reconoce como bien público a la educación superior, la cual debe protegerse por los Estados miembros. El dispositivo interno es complejo, en él se consagran derechos y obligaciones, se plasman los principios de impartición de la educación, faculta a los poderes y autoridades, establece la autonomía universitaria y delimita funciones (López, et al., 2013).

Desde el punto de vista constitucional, creemos que lo que forma parte del contenido esencial del derecho a la educación en sentido estricto es el acceso a la enseñanza del sistema educativo. También existen niveles escolares obligatorios, en los que la educación es un derecho y un deber; de igual forma, también parte del contenido esencial es la gratuidad de la enseñanza obligatoria, al igual que la proporcionada por instituciones públicas, la regulación de la instrucción privada, principios rectores, autonomía universitaria, competencia sobre planes educativos del ejecutivo federal y las facultades del Congreso de la Unión (Arteaga, 2012).

Además, implica que el poder público debe asumir el financiamiento de los centros docentes públicos. Desde el punto de vista del derecho constitucional, la gratuidad en la enseñanza significa que esta se podrá satisfacer en centros públicos. Nuestro precepto constitucional contiene lo que se ha denominado un “ideario educativo de la Constitución”, esos principios orientan el derecho a la educación de tal manera que la instrucción en nuestro país se justiciabiliza constitucionalmente a los fines expresamente apuntados en la sentencia sujeta al presente análisis (Díaz, 2013).

La función de los tribunales constitucionales es esencial para mantener a los poderes públicos dentro del límite constitucional y normativo. Además, su actividad implica que los postulados contenidos en la Constitución dejen de ser una expresión retórica para darle el estatus de norma vinculante, que posiciona y da mayor peso a la jurisdicción constitucional dentro del estado constitucional moderno (López, et al., 2013).

Contrario a esa referencia, a pesar del prestigio del modelo de jurisdicción constitucional concentrada, formulada por Kelsen (1928), también seguido por Ferrajoli (2006) por su eficacia, existen voces críticas que apuntan a otros formatos que sean más respetuosos con el Legislador. Las críticas sostienen que el control abstracto no es un tema de ciudadanos sino de políticos; es de mayor entidad un control difuso, pues con textos constitucionales más densos, con mayor irradiación en el orden legal, que además pretende estar garantizada, lo idóneo es que en los procedimientos ordinarios se defiendan los derechos e intereses emanados de la Constitución que los jueces deberán de tomar en cuenta (Prieto, 2013).

En esa tesitura, los tribunales constitucionales aparecen superpuestos a una estructura diferente que no corresponde a la realidad que exige una constitución material, viva y en pleno ejercicio ponderado de sus derechos; las dudas sobre la legitimidad de algunas sentencias que ya no solo determinan quién y cómo puede hacer la Ley, sino también en gran medida qué puede o debe decirse en la Ley, se incrementa de modo notable (Prieto, 2013).

Precisamente, Alexy (2007) anuncia un dilema al interpretar la igualdad como carga de argumentación. Las valoraciones del Tribunal constitucional serán colocadas por encima de las del Legislador, dado que a través de la hermenéutica del derecho de igualdad se fijan límites a la labor del Legislador. No obstante lo señalado, se debe orientar la actividad de la jurisdicción constitucional para procurar reducir el peligro de que el Tribunal reduzca injustificadamente la competencia del Legislador, pues no sería deseable y “se podría pagar un precio demasiado alto” (Alexy, 2007: 401), dada la hipotética imposibilidad de impedir una mayoría legislativa para emitir una norma discriminatoria constitucionalmente inadmisibles.

6. Consideraciones finales: Constitucionalización de los principios de igualdad y el acceso a la educación

Primera. El contenido de la sentencia nos permite aproximarnos a la aplicación judicial de una de las expresiones del derecho a la igualdad, que en materia tributaria se desarrolla en el concepto de equidad fiscal. Es necesario señalar que la equidad a la que obliga en materia fiscal la fracción IV del Artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (cpeum), tiene un amplio desarrollo en jurisprudencia; sin embargo, considerar esta como una especie del derecho fundamental de la igualdad, ya fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn).

Segunda. El tema del trato inequitativo a la Universidad no fue aislado, sino que se asoció a los objetivos plasmados en la Ley orgánica para la Universidad Autónoma Agraria Antonio Narro (uaaan), que a su vez cumple con los fines del artículo 3.º de la Constitución. Luego, no solo era un trato desigual, sino un obstáculo para cumplir con la prestación estatal de proporcionar el servicio público de educación, asequible y de ser posible gratuito. Esto integró un binomio de derechos fundamentales vulnerados, que se tuvieron que analizar, argumentar, ponderar y resolver en conjunto; en otras palabras, establecer los parámetros de la justicia constitucional contemporánea.

Tercera. El desarrollo del proyecto de sentencia representa una excepción en materia de amparo; sin embargo, es una solución común en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Seguramente para los ortodoxos del amparo los efectos de la sentencia desbordan el marco normativo del juicio, pero si no se hubiera tomado dicha decisión, no repararía y restablecería en forma plena el orden constitucional convencional. Es cierto que en materia de amparo fiscal existe jurisprudencia para ello; por tanto, el presente análisis no cae y rechaza categóricamente el señalamiento que hace el exministro Genaro Góngora Pimentel, de que ante la emisión de jurisprudencia por la Scjn se bloquean las facultades intelectuales de los jueces, y se podría agregar de los demás operadores jurídicos, litigantes incluidos, por lo que se acudió al estudio de la sistematización que la teoría ha llevado a cabo de las sentencias dictadas en la sede de tribunales con jurisdicción constitucional más amplia a la de nuestro juicio de amparo; provocando con ello la aplicación del bloque de constitucionalidad en su máxima expresión.

Cuarta. Es necesario sistematizar y comprender las figuras procesales del amparo y las propias de la jurisdicción constitucional, para entender mejor las necesidades de cada institución sin perder de vista las finalidades de ambas, que es restituir el orden constitucional, mantener vigentes los derechos, la división de poderes y el federalismo, por lo que algunas figuras del amparo no pueden operar de forma adecuada, fuera de cuestiones de simple legalidad (consistente en la violación de los artículos 14 y 16 de la cpeum en relación alguna Ley ordinaria), pues se encuentran superadas para resolver temas de constitucionalidad y control de la convencionalidad.

Quinta. En atención a las presentes conclusiones, esta investigación será la base para un examen mayor, pues como la sentencias dictadas ante la violación al derecho fundamental de igualdad o la omisión de derechos sociales prestacionales, existen otras figuras propias de la jurisdicción constitucional que superan el esquema del juicio de amparo respecto de temas de legalidad, como las sentencias estimatorias de acciones de constitucionalidad, controversias constitucionales y declaraciones generales

de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, así como las invocadas en materia de derecho colectivo, en las que aparentemente se violenta la relatividad de las sentencias.

Referencias

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. (Trad. Atienza, M. & Espejo, I.). 2ª Ed. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aristóteles (1997) *Política*. Valencia, España: NoBooks Editorial.
- Aristóteles (2014). *Ética a Nicómaco*. Barcelona, España: Editorial Gredos.
- Arteaga Nava, E. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional*. México: Oxford University Press.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, España: Trotta.
- Asensi, J. (2004). *La época constitucional*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Banco Mundial (2018). *Gasto público en educación, total (% del gasto del gobierno)*. Instituto de Estadística de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Recuperado de: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SE.XPD.TOTL.GB.ZS?locations=MX>
- De la Garza, S. F. (2008) *Derecho financiero mexicano*. México: Porrúa.
- Deutsch, G. (1998) The University and the Healthcare of Children. *Global Health Promotion*. SAGE Journals N°. 1, Vol. 5, p. 5-8.
- Díaz, F. (2013). *La justicia constitucional en Iberoamérica: Una perspectiva comparada*. México: Ubijus.
- Ferrajoli, L. (2006) *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, España: Trotta.
- Góngora Pimentel, G. (1997). *La apariencia del buen derecho en la suspensión del acto reclamado*. La actualidad de la defensa de la Constitución, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM.
- López, L., Espín, E., García, J., Pérez, P. & Satrústegui, M. (2013). *Derecho constitucional*. Volumen I. 9ª ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Kelsen, H. (1928). *La justice constitutionnelle*. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, Paris, abril-mai-juin 1928. Tomo 45, año XXXV, p. 197-257.
- Pleno (1997). Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Novena época. Tomo VI. MCMXCVII. Estados Unidos Mexicanos.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid, España: Trotta.
- Real Academia Española (s.f.) Igualdad. Recuperado de <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=Kwjexzi>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2004). *Semanario Judicial de la Federación*. Décima época. Tomo I. MMIV. Estados Unidos Mexicanos.
- Tron, J. (2013). *Argumentación en el amparo*. México: Porrúa.
- Unesco (1998). *Declaración Mundial Sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción*. Aprobado por la Conferencia Sobre la Educación Superior. París. Recuperado de: http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm#marco
- Unesco (2012). *Declaración de París sobre los REA*. Congreso Mundial Sobre los Recursos Educativos Abiertos (REA). París. Recuperado de: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/WPFD2009/Spanish_Declaration.html

Anexo

Precedentes y jurisprudencias

- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, precedente 1a. IX/2009, rubro: Generalidad tributaria. Naturaleza jurídica y alcances de ese principio. Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo XXIX, Enero de 2009; p. 552, IUS 168127.
- Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, precedente I.15o.A.157 A, rubro: Exención tributaria. Su diferencia con los supuestos de no sujeción. Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 1764, IUS 163340
- Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, precedente I.15o. A.156 A, rubro: Exención tributaria. Su evolución en los sistemas tributarios. Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 1765, IUS 163339.
- Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, precedente I.15o.A.155A, rubro: Exención tributaria. Su fundamento constitucional. Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 1444, IUS 163472.
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, precedente P. LI/2011, rubro Depósitos en efectivo. El Artículo 2, fracción II, de la Ley del impuesto relativo, al establecer una exención para las personas morales con fines no lucrativos, no viola el principio de equidad tributaria (legislación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de octubre de 2007). Décima Época, del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro I, octubre de 2011, Tomo 1, p. 568, Número de Registro: 160904.

- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis de jurisprudencia, rubro: Nóminas. La exención de pago del impuesto relativo, prevista en el inciso e) de la fracción II del Artículo 27 de la Ley de Hacienda para el Estado de San Luis Potosí, no transgrede el principio de equidad tributaria. Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, junio de 2008; p. 403, IUS 169454.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis de jurisprudencia 1a. /J. 97/2006, rubro: Equidad tributaria. Cuando se reclama la existencia de un trato diferenciado respecto de disposiciones legales que no corresponden al ámbito específico de aplicación de aquel principio, los argumentos relativos deben analizarse a la luz de la garantía de igualdad. Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, enero de 2007, p. 231, IUS 173569.
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis de jurisprudencia P. /J. 42/97, rubro: Equidad tributaria. Implica que las normas no den un trato diverso a situaciones análogas o uno igual a personas que están en situaciones dispares. Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V, junio de 1997, p. 36, IUS 198402.
- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis de jurisprudencia 2a. /J. 94/2009, rubro: Amparo indirecto y directo en que se cuestiona una norma fiscal que se estima inequitativa porque otorga un beneficio sólo a determinados contribuyentes, respecto de los que jurídicamente son iguales. Ante la posibilidad jurídica de restituir al quejoso en el goce de la garantía constitucional violada, el juicio de amparo indirecto es procedente y en el directo el concepto de violación relativo es operante. Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, agosto de 2009; p. 97, IUS 166737

La versión pública de la sentencia se puede consultar en el link siguiente:

http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=217/02170000161335920010010.doc_1&sec=Luisa_Gabriela_Ojeda_Gómez&svp=1

México: Sucesión pactada ¿muerte de la política?

Dr. y Dr. H.C. Daniel Montero Zendejas *

Recepción: 15/07/2018 • Aprobación: 28/09/2018 • Publicación: 19/12/2018

Resumen

El presente artículo se inscribe en el proceso electoral del Estado mexicano para la renovación de los Poderes de la Unión, donde el bipartidismo tradicional dejó de existir y dio paso a un nuevo partido con apenas cuatro años de fundación. El fenómeno de Andrés Manuel López Obrador, presidente electo, tres veces candidato a la Presidencia de la República, cuyo origen de participación política fue el Partido Revolucionario Institucional, más tarde en el Partido de la Revolución Democrática, con perfil de izquierda, mediante las urnas mostró el rostro de un país hastiado de corrupción, impunidad, violencia, simulación, complicidad y demás vicios que agudizan la desigualdad social y palpase de manera evidente la marginación y pobreza extrema.

Es de destacar que en una nación con altos índices de retraso cultural, donde la población no es adicta a lectura, donde la pobreza se traduce a una educación deficiente y hasta elitista, la jornada electoral denominada como “fiesta de civismo”, en la que el 56 % de un padrón electoral de más de ochenta millones, hayan votado por él.

La última medición del Inegi (Reporte Índigo, 2017 ¿Cuánto, cómo y qué leen los mexicanos?) realizada en febrero, muestra que el 45 por ciento de los mexicanos

* Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Constitucional, Sección México. Miembro de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho. Miembro Académico Internacional de Honor por la Universidad Católica del Uruguay. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Research-senior of International Center of Economic Penal Studies. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Filosofía Práctica. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. Profesor Investigador de Tiempo Completo, Definitivo, Titular “C” de la Uaem. Profesor por oposición de la Facultad de Derecho de la Unam. Profesor del Inacipe. Estancias Académicas en las Universidades Católica y la República, Uruguay, con especialidad en Derecho Penal Económico-Antilavado y Derecho Internacional Penal en Salerno, Italia.

Para citar este artículo

Montero Zendejas, D. (2018). México: Sucesión pactada ¿muerte de la política? *Dos mil tres mil*, 20 (1), 35-58. doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/20102>

lee por lo menos un libro al año, mientras que el otro 55 por ciento no realiza la lectura de ningún material literario. Las mujeres mexicanas leen más libros que los hombres, pues el último Módulo de Lectura indica que el 46 por ciento de la población femenina leyó por lo menos un libro durante el último año, contra el 43 por ciento de los varones.

Se plantea a lo largo de esta participación, el espíritu que subyace de una sucesión pactada, en la que se crearon las condiciones generales, ya sea por redes sociales, por difamación de candidatos o por cualquier vía de estrategia electoral para alcanzar este resultado.

El poder otorgado a este efecto genera la tentación totalitaria que se desprende de una política populista, dirigida a una población no pensante y rodeada de instancias legislativas idóneas para que se consuma la nueva expresión de monarquía republicana, bajo los tintes del populismo en América Latina.

En ese orden de ideas y ante un escenario de esta naturaleza, el epitafio de la ciencia política es claro y evidente. Recordemos que la política era considerada como el arte del buen gobierno y los filósofos, los más capaces, los más sabios, eran los encargados de gobernar; los tiempos cambian y en términos de Maquiavelo (1974) “lo bueno de hoy será lo malo de mañana y lo malo de mañana será lo bueno de hoy” (p. 364). Por ende, la transformación de la actividad pública en manos de grupos emergentes, desprovistos de una cultura, de amor a la sabiduría, de un ejercicio previo a los asuntos de Estado; un Congreso en muchos de los casos de improvisación y solo de pertenencia a unas siglas derivadas de su oportunismo, adicionalmente a muchos interrogantes más, nos llevan a la conclusión de que la muerte de la política es más que una realidad en México para dar paso al pragmatismo y al capricho del ya anacrónico caudillismo.

Palabras claves: Democracia, poder, estado de derecho, corrupción y populismo.

Abstract

This article is part of the electoral process of the Mexican state for the renewal of the Powers of the Union, where the traditional bipartisanship ceased to exist and gave way to a new party with just four years of foundation. The phenomenon

of Andrés Manuel López Obrador, president elect, three times candidate for the Presidency of the Republic, whose origin of political participation was the Institutional Revolutionary Party, later in the Party of the Democratic Revolution, with a left profile, showed the face of a country through the polls weary of corruption, impunity, violence, simulation, complicity and other vices that exacerbate social inequality and palpable evident marginalization and extreme poverty.

It is noteworthy that, in a nation with high rates of cultural backwardness, where the population is not addicted to reading, where poverty translates into a deficient and even elitist education, the electoral day called as “civic party”, where the 56% of an electoral roll of more than eighty million, have voted for him.

The last measurement of the Inegi (Indigo Report, 2017. How Much, How and What Mexicans Read) conducted in February, shows that 45 percent of mexicans read at least one book a year, while the another 55 percent do not read any literary material.

Mexican women read more books than men, since the last Reading Module indicates that 46 percent of the female population read at least one book during the last year, against 43 percent of the males.

Throughout this participation, the spirit underlying a covenant succession is raised, where the general conditions were created, either by social networks, by defamation of candidates or by any means of electoral strategy to achieve this result.

The power granted to this effect generates the totalitarian temptation that emerges from a populist policy, aimed at a non-thinking population and surrounded by suitable legislative instances so that the new expression of republican monarchy is consumed, under the tints of populism in Latin America.

In that order of ideas and before a scenario of this nature the epitaph of political science is clear and evident. Remember that politics was considered as the art of good government and philosophers, the most capable, the wisest, were in charge of governing; times change and in terms of Machiavelli (1974, p.364) “the good of today will be the bad of tomorrow and the bad of tomorrow will

be the good of today”. Therefore, the transformation of public activity into the hands of emerging groups, devoid of a culture, of love for wisdom, of an exercise prior to the affairs of the state; a Congress in many of the cases of improvisation and only belonging to an acronym derived from its opportunism, in addition to many other questions, lead us to the conclusion that the death of politics is more than a reality in Mexico to make way for pragmatism and the capriciousness of the already anachronistic caudillismo.

Keywords: Democracy, power, state of law, corruption and populism.

Sumario: Introducción. 1. El proceso electoral en México 2018. 1.1 Elecciones federales. 2. Democracia y populismo. 3. Los retos de una elección y el cambio del sistema político. 4. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Pareciera que el tema nos evocara al brillante escritor que el tiempo acoge bajo signos de usura y muerte, nos referimos a Fiódor Dostoyevski, para ubicar en ese contexto a esta forma de gobierno que Anatole France (1989), citado por Montero (1999), definiera como “pobre democracia cuántos crímenes en tu nombre se han cometido” (p. 77).

Este tema en medio de un proceso electoral vivido en el Estado mexicano, donde hubo una participación de las más altas en su historia contemporánea, significa no solo el incremento poblacional y un padrón electoral de casi ochenta millones de electores, representa la ocasión propicia para el análisis y la reflexión de lo que sucede en México.

Por los medios de comunicación se difundieron imágenes de más de ciento treinta homicidios dolosos en contra de candidatos en los diferentes niveles de Gobierno; o sea, desde presidencias municipales hasta la Cámara baja. En medio de ello, campañas de candidatos a la Presidencia de la República, denotativa, mediocre, llenas de injurias y descalificaciones. Tiempos políticos para proyectar a las formas de gobierno ingredientes coyunturales y sobre todo con eslóganes populistas que albergan definiciones que van en contra

de la miseria, pobreza, marginación, discriminación y todos los vicios y deficiencias en la estandarización de la sociedad en riesgo que ha hecho el modelo neoliberal, mediante el proceso económico de globalización.

La creciente violencia acentuada en las calles de las principales ciudades de este territorio, la expansión de cárteles de las drogas, la inseguridad, impunidad y corrupción, son elementos comunes de una geopolítica cuya historia se reproduce en mayor o menor intensidad hemisférica.

Hablar de democracia es hacer mención ineludiblemente a la teoría de la representación directa o indirecta, crisis de partidos políticos y por medio del sufragio encontrar la ventana a la legalidad y supuestamente a una legitimidad que se consolida con estándares de votación. Como parte de una sintonía de abstención y partidocracia que consolida el negocio de la existencia de partidos políticos y de una clase gobernante que se identifica en los niveles más bajos de aceptación social y sí muy alto en manejos de corrupción, complicidad y simulación.

A cuatro años de su fundación, el partido triunfador Morena logra mayoría en el Congreso de la Unión y arrasa con los conceptos tradicionales de bipartidismo hegemónico; en otras palabras, la existencia de cinco partidos en la escena nacional por cuestiones de la ley electoral está a punto de desaparecer, estos son: Verde Ecologista, de la Revolución Democrática, Encuentro Social, Nueva Alianza, Movimiento Ciudadano, en los que el principio de pluripartidismo y pluralidad ideológica se quedó solo en el imaginario colectivo de décadas pasadas, pues se perdió en los últimos años ese elemento ideológico que distinguía un partido de otro. Una oferta de otra.

De igual manera, las candidaturas independientes reflejaron su inconsistencia e improcedencia en la imagen del electorado, con los vacíos de propuestas de la segunda vuelta electoral, la cuantificación del voto en blanco para reponer el procedimiento con cargo al financiamiento de los partidos políticos, cuando ninguno de ellos ofrezca al electorado la opción acorde a los desafíos del tiempo y de las necesidades de los ciudadanos.

Ante un panorama de violencia, zozobra, de etiquetas y de un candidato que ha participado en tres elecciones presidenciales, la tentación totalitaria se presenta con una gran posibilidad de existencia, no solo de populismo que engendra la ignorancia y necesidad del pueblo, sino en el juego del poder, los pesos y contrapesos se esfuman del sistema político mexicano para dar paso a una recomposición de grupos de poder y factores reales de poder.

Pareciera que las manecillas del tiempo se detuvieran y que los escenarios del inicio del siglo pasado se repitieran con mayor agudeza en medio de un proceso de mundialización que estandariza las clases sociales y las proyectara a un universo anómico y de estigmatización. Pareciera que el inicio de milenio se consagrara en violencia y temor para la sociedad en su conjunto y que una elección o un proceso electoral fuera la alternativa para reencauzar el México de nuestros sueños.

Nada más alejado de la realidad, pues el abstencionismo y la carencia de credibilidad de los órganos electorales diseñados por el Estado, representan solo paliativos a una estructura gubernamental en descomposición consolidada por el todavía presidente Peña Nieto.

Ante los pronósticos de un político-académico, Manuel Camacho Solís (1977), en el Colegio de México y donde destaca uno de sus pupilos, Marcelo Ebrard quien fungirá como el nuevo encargado de la diplomacia mexicana, escribió en su texto “Los nudos históricos del sistema político mexicano”, que era necesario acabar con el partido hegemónico hasta el año 2000, el Revolucionario Institucional como presidente de la República, Carlos Salinas de Gortari, intentó realizar esta tarea al innovar el Programa Solidaridad en su administración, un esfuerzo que retomaba los principios de Lech Walesa, líder polaco, con la finalidad de enterrar a ese partido. No fue posible, así surgió Luis Donald Colosio y su homicidio, al igual que Francisco Ruiz Massieu y el surgimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en 1994.

A casi tres décadas, el gobierno de Peña Nieto aniquila a este partido para reconformar un nuevo sistema político con nuevos actores, pero manteniendo las estructuras del poder real en este país.

La sucesión pactada, la construcción de escenarios ad hoc, para este fin con candidatos a tono y la persecución con la utilización de estructuras burocráticas en la procuración de justicia anuló la candidatura del otro candidato de un partido que mantuvo la alternancia en el poder.

Así, la supuesta democracia escribió un apabullante triunfo a un personaje forjado en las filas del Partido Revolucionario Institucional, con una tendencia definida de conquista de poder con lo que ello implica. Los nuevos protagonistas del ejercicio del poder Legislativo y Ejecutivo concentran los calificativos que por ningún motivo califican a la política como la expresión del buen gobierno y mucho menos los criterios del voto capacitario.

La ola de Morena concentró personajes de tipo y tinte, desde descalificados por corrupción hasta aquellos que no tienen los mínimos suficientes para hacer la tarea de legislar y gobernar.

La supuesta división de poderes que plantea el presidente electo, así como su programa de gobierno, repite lo consagrado por líderes que ven en la pobreza y marginación del pueblo, elementos oportunos para su ascenso y permanencia.

La sucesión pactada y la nula cultura política de análisis que nos recuerdan a Chomsky (2006), en la capacidad del voto, hicieron que la pasada jornada electoral del primero de julio, sea lo que Dalh (2009) nos comparte en su obra *La poliarquía*.

1. El proceso electoral en México 2018

1.1. Elecciones federales

El triunfo electoral del presidente electo, Andrés Manuel López Obrador, significa en la radiografía del poder en México, el fin de un sistema de partidos vigente desde el siglo pasado, cuando se pasó del hegemónico Partido Revolucionario Institucional (Pri), a un incipiente bipartidismo Pri -Pan (Partido Acción Nacional), a un nuevo equilibrio con la irrupción institucionalizada de la izquierda, Partido de la Revolución Democrática.

De esa manera, fueron los últimos 25 años Pri -Pan -Prd , lapso en el que se dio la primera alternancia presidencial Pri -Pan en el 2000, para luego regresar Pan -Pri en 2012 y ahora la tercera, seis años después, con López Obrador que hizo de Morena un poderoso movimiento en el poder.

Este resultado acabó con el sistema de los llamados tres grandes partidos, que el 1 de julio dejaron de serlo, desplazados por 30 millones de votos para Aml o y su partido, el mayor número jamás alcanzado por un presidente de México, que representa el 53 por ciento del electorado (Instituto Nacional Electoral, Cómputos Distritales 2018, 13 de julio de 2018).

Así, el Pan quedó como una lejana segunda fuerza en la elección presidencial, que con su candidato Ricardo Anaya alcanzó nueve millones novecientos noventa y seis mil quinientos catorce (9.996.514) votos, 17.65 por ciento, más un millón seiscientos dos mil setecientos quince (1.602.715), 2.83 por ciento, del Prd , y un millón diez mil ochocientos noventa y uno (1.010.891) de Mc, que le dio un total de doce millones seiscientos nueve mil trescientos dieciocho votos (12.609.318) 22.26 por ciento. Y el Pri con José Antonio Meade tuvo siete millones seiscientos setenta y siete mil ciento ochenta (7.677.180) votos, 13.56 por ciento, el Verde le dio un millón cincuenta y un mil cuatrocientos ochenta (1.051.480), 1.85 por ciento, y Nueva Alianza quinientos sesenta y un mil ciento noventa y tres (561.193), .99 por ciento, con los que sumó nueve millones doscientos ochenta y nueve mil ochocientos cincuenta y tres (9.289.853) votos, 16.4 por ciento.

Presidencia de la República

Cantidad y porcentaje de votos computados a nivel nacional, con base en la lista nominal de las actas de escrutinio y cómputo al último corte.

Participación ciudadana 63,4 %.

Ricardo Anaya Cortés



9,996,514



1,602,715



1,010,891

Total de votos: 12,610,120

Equivalente a: 22.2750 %

José Antonio Meade Kuribreña



7,677,180



1,051,480



561,193

Total de votos: 9, 289,853

Equivalente al: 16.4099 %

Andrés Manuel López Obrador



3,396,805

morena

25,186,577



1,530,101

Total de votos: 30,113,483

Equivalente al: 53.1936 %

Candidato independiente:

Jaime Heliodoro Rodríguez Calderón



2,961,732

Total De Votos: 2, 961, 732

Equivalente Al: 05.2317 %

Fuente: Instituto Nacional Electoral (INE), México, 2018

Del anterior resultado general, se desprenden los siguientes datos respecto de la votación en México y en el extranjero, que cada candidato tuvo, desglosándose en la siguiente Tabla 1 y arrojando el total de la votación, descrito también en la Figura 1.

Tabla 1.

México elección presidencial 2018	PAN-PRD-MC	PRI-PVEM-NA	PT-Morena-PES	Independiente	Independiente			
Candidatos y partidos políticos	Ricardo Anaya Cortés	José Antonio Meade Kuribreña	Andrés Manuel López Obrador	Margarita Zavala (Voto nulo Registro Cancelado)	Jaime Heliódolo Rodríguez Calderón	No registrados	Nulos	Total
Voto en México	12,583,776	9,285,240	30,049,620	32,743	2,959,864	31,713	1,569,601	56,512,557
Voto en el Extranjero	26,344	4,613	63,863	0	1,868	269	1,513	98470
Total de votos	12,610,120	9,289,853	30,113,483	32,743	2,961,732	31,982	1,571,114	56,611,027
Porcentaje	22.2750%	16.4099%	53.1936%	00.0578%	05.2317%	0.0564%	02.7752%	100.0000%

Fuente: Elaborada con datos del Pre p Ine (2018)

Figura 1.



Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Tabla 2. Participación ciudadana conforme a las actas contabilizadas

.63.4290 %	56, 611, 027
Porcentaje	Votos

Actas

Actas Computadas 156, 840

Cotejo	38, 997
Recuento	117,634
Casilla no instalada	17
Paquete no entregado	192
Total	156,840

Votos por Partido Político y Candidatura independiente.

Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

La Tabla 3 refleja los votos que recibió cada partido en la elección de Presidencia de la República, separando aquí las coaliciones.

Tabla 3.

CADIDATOS Y PARTIDOS POLÍTICOS	PAN	PRD	PRD	VERDE	PT	MC	NA	morena	encuentro social	MARGARITA JAVALA	ERONCA	Candidatura no registradas	Votos nulos	Total
VOTO EN MEXICO	9,974,399	7,673,419	1,600,710	1,051,001	3,391,394	1,008,667	560,820	25,131,233	1,526,993	32,743	2,959,864	31,713	1,569,601	56,512,557
VOTO EN EL EXTRANJERO	22,115	3,761	2,005	479	5,411	2,224	373	55,344	3,108	0	1,968	269	1,513	98,470
TOTAL DE VOTOS	9,996,514	7,677,180	1,602,715	1,051,480	3,396,805	1,010,891	561,193	25,186,577	1,530,101	32,743	2,961,732	31,982	1,571,114	56,611,027
PROCENTAJE	17.6582%	13.5612%	2.8311%	1.8573%	6.0002%	1.7856%	0.9913%	44.4905%	2.7028%	0.0578%	5.2317%	0.0564%	2.7752%	100.0000%

Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Figura 2.



Nota: estos son los resultados finales de la elección de Presidencia de la República. Por lo que hace a la integración del Congreso de la Unión, la Cámara Alta -Senaduría- y Cámara Baja -diputados- federales.

Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Senaduría

Cantidad y porcentaje de votos computados a nivel nacional, con base en la lista nominal de las actas de escrutinio y cómputo al último corte.

Mayoría relativa

Es el principio por el cual se asignan dos senadurías al partido político, coalición o candidato independiente que haya obtenido el primer lugar de votación, en cada una de las 32 entidades federativas.

Tabla 4. Participación ciudadana conforme a las actas contabilizadas

.64.5343 %	47, 904,018
Porcentaje	Votos

Actas

Actas Computadas 131, 347 Total: 157, 859

Cotejo	33, 584
Recuento	97,562
Casilla no instalada	21
Paquete no entregado	180
Total	131, 347

Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Votación

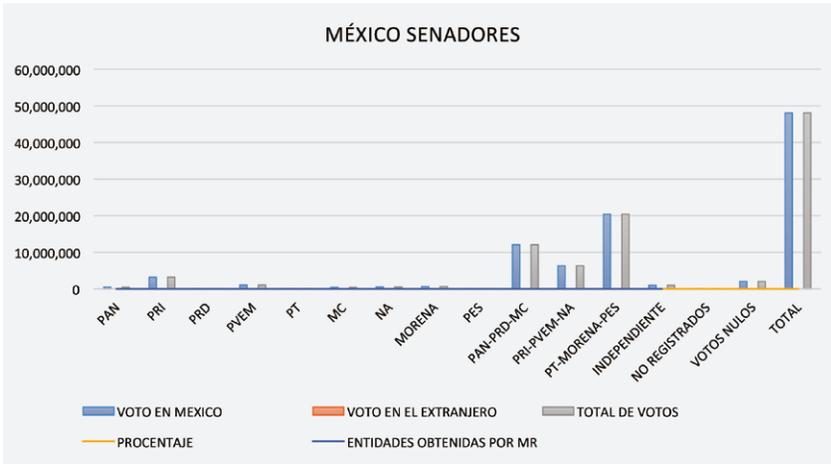
Descripción de los votos que recibieron los partidos políticos, las coaliciones y los candidatos independientes. Ver Tabla 5 y Figura 3.

Tabla 5

MÉXICO. ELECCIÓN SENADURÍA																
PARTIDOS POLÍTICOS	PAN	PRI	PRD	PVEM	PT	MC	NA	MORENA	PES	PAN-PRD-MC	PRI-PVEM-NA	PT-MORENA-PES	INDEPENDIENTE	NO REGISTRADOS	VOTOS NULOS	TOTAL
VOTO EN MÉXICO	430,412	3,187,710	72,881	1,035,616	50,019	402,920	500,789	647,661	26,558	12,042,398	6,297,942	20,375,945	965,492	25,771	2,003,016	48,065,130
VOTO EN EL EXTRANJERO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL DE VOTOS	430,412	3,187,710	72,881	1,035,616	50,019	402,920	500,789	647,661	26,558	12,042,398	6,297,942	20,375,945	965,492	25,771	2,003,016	48,065,130
PROCENTAJE	0.8954%	6.6320%	0.1516%	2.1546%	0.1040%	0.8382%	1.0418%	1.3474%	0.0552%	25.0543%	13.1029%	42.3923%	2.0087%	0.0536%	4.1672%	100%
ENTIDADES OBTENIDAS POR																
MIR	1	0	0	0	0	0	0	1	0	5	1	24	0			32

Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Figura 3



Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Tabla 6. Mayoría relativa: entidades obtenidas

	1
	0
	0
	0
	0
	0
	0
	1
	0
  	5
  	1
  	24
	0
TOTAL	32

Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Senaduría

Primera minoría

Primera minoría. Es el principio por el cual se asigna una senaduría al partido político, coalición o candidato independiente que haya obtenido el segundo lugar de votación, en la entidad federativa de que se trate.

Tabla 7. Participación ciudadana respecto de las actas contabilizadas

.64.5533 %	49, 164, 010
Porcentaje	Votos

Actas

Actas computadas: 134, 634 Total: 157, 859

Cotejo	33, 935
Recuento	100,497
Casilla no instalada	21
Paquete no entregado	181
Total	134, 634

Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Votación

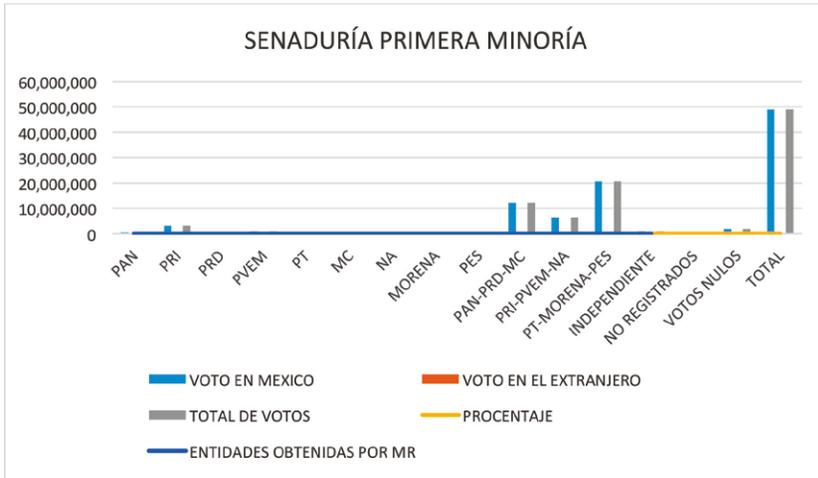
Descripción de los votos que recibieron los partidos políticos, las coaliciones y los candidatos independientes. Tabla 8 y Figura 4.

Tabla 8

MÉXICO. ELECCIÓN SENADURÍA PRIMERA MINORÍA															NO	VOTOS	TOTAL
PARTIDOS POLITICOS	PAN	PRI	PRD	PVEM	PT	MC	NA	MORENA	PES	PAN-PRD-MC	PRI-PVEM-NA	PT-MORENA-PES	INDEPENDIENTE	REGISTRADOS	NULOS		
VOTO EN MÉXICO	447,218	3,251,516	75,865	1,053,271	50,386	420,283	511,596	651,070	27,321	12,278,655	6,408,931	20,767,278	984,239	26,255	2,040,150	48,994,034	
VOTO EN EL EXTRANJERO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
TOTAL DE VOTOS	447,218	3,251,516	75,865	1,053,271	50,386	420,283	511,596	651,070	27,321	12,278,655	6,408,931	20,767,278	984,239	26,255	2,040,150	48,994,034	
PROCENTAJE	0.9128%	6.6365%	0.1548%	2.1497%	0.1028%	0.8578%	1.0442%	1.3288%	0.0557%	25.0615%	13.0810%	42.3873%	2.0088%	0.0535%	4.1640%	100%	
ENTIDADES OBTENIDAS POR MR	0	0	0	0	0	1	0	0	0	15	11	5	0			32	

Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Figura 4



Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018

Tabla 9. Asignación de senadurías Pm

	0
	0
	0
	0
	0
	1
	0
morena	0
	0
	15
	11
morena	5
CI	0
Total	32

Fuente: Instituto Nacional Electoral (Ine), México, 2018.

2. Democracia y populismo

Los verdaderos reyes, los reyes tradicionales, los reyes hereditarios, los de sangre real, desaparecen unos tras otros, cuando no se mantienen como objetos decorativos, conservados en los palacios nacionales para adorno de las ceremonias oficiales y como cebo de los seminarios ilustrados. Proclamada o encubierta, liberal o dictatorial, civil o militar, la República impera en todas partes, menos en Irán, Etiopía, en Arabia, en Jordania, en Marruecos y en algunos emiratos del Golfo Pérsico o en Estados de menor importancia. (Duverger, 1974, p. 11)

En este orden de ideas, las monarquías mantienen ese criterio hegemónico ya no por dinastía o hereditarias, en la modernidad es por medio del sufragio y bajo los principios de legalidad y legitimidad que les garantiza una gobernabilidad que puede encauzar a gobernabilidad.

Los márgenes de votación obtenidos en las elecciones de este año en México, presupone que estos ingredientes se volcaron en las urnas con la conciencia ciudadana para abrazar un cambio de gobierno y no así —en los pronósticos del ejercicio unitario del poder— de la élite del poder. Eso nos recuerda:

Otras formas culturales pueden, por lo contrario, reposar sobre una construcción monista de la autoridad, sin ligar por ello esta a la conformidad de una moral o de un sistema de valores de carácter obligatorio. Tal es el caso especialmente de las culturas europeas orientales, que se forjaron en la línea de la tradición bizantina. Contrariamente al modelo cristiano occidental, la cultura cristiana oriental no ha suscitado esta oposición decidida entre dos autoridades, la temporal y la espiritual, al arrogarse el emperador la competencia de intervenir en los debates eclesiásticos (como, por ejemplo los del Concilio de Calcedonia), de decir la verdad comprendida en lo anterior la materia teológica de proceder de hecho sino de derecho en la nominación del patriarca, de recibir el calificativo de Oelos y de ser objeto de culto, es decir, de adoración. (Hermet, 1991, p. 126)

El discurso calificativo como mesiánico del próximo presidente de México retoma estas consideraciones al asumir que es tiempo de perdonar y de favorecer a las clases más desprotegidas.

Como se puede observar a lo largo de este artículo, las dudas que privan en función de una elección pactada y apoyada en el compromiso de no violentar el supuesto estado de derecho, de fortalecer la institucionalidad, cuando esta no existe, pues sin estado de derecho no hay Estado, las conclusiones de este proceso electoral confunden más que la propia certidumbre que emanan de las cifras señaladas.

Recordemos para los analistas de la forma de gobierno que representa los ideales de expresidentes, filósofos, estadistas cuando se refieren a la democracia, desde la isegoría, isonomía e isotopía helénica hasta Tocqueville (1963), Bobbio (1990), Sartori (1993) y un cúmulo de investigadores de este tema.

El registro de nuevas entidades de interés público, candidaturas vendidas por las dirigencias y un sin fin de vicios añejos en nuestra evolución política, califican a este proceso electoral como un despertar democrático del México del siglo XXI.

En mi opinión, una elección orquestada y comprometida desde el 2012, con todas las facilidades para otra supuesta alternancia y donde el pueblo fue orientado hacia esa preferencia electoral.

Bajo este panorama, los acontecimientos de violencia y muerte en algunas entidades federativas como Guerrero, Michoacán, Tamaulipas, Sinaloa, Chihuahua, Coahuila, Estado de México, Veracruz, Morelos, por citar algunos, nos obliga a considerar si existe el estado de derecho.

La respuesta es que de acuerdo a nuestra norma suprema, no existen elementos para considerar un estado de excepción en términos de facultades extraordinarias, más bien debemos agotar espacios que la Ley contempla y que solo con la participación ciudadana consciente y responsable puede concretar, verbigracia, el voto en blanco, como una expresión no de anulación, la cual demanda que se cuantifique al extremo que se anule una elección

o se reponga el procedimiento con cargo al financiamiento de los partidos políticos y con un Instituto Electoral diferente en su conformación, o sea, que al ciudadanizarse los consejeros electorales sean ad honorem.

Lo anterior revoluciona el concepto tradicional de votar y ser votado, como también lo que hemos apuntado en el manejo de recursos de procedencia ilícita en campañas electorales, en las que el candidato sea consignado de conformidad con las leyes penales y el partido pierda su registro.

Asimismo, en una obra de mi autoría (Montero, 2014, p.105), se demandan reformas estructurales que se coloquen en la cima del interés público y no del interés sectario de grupos parlamentarios incondicionales con poderes fácticos, que pretenden asegurar sus espacios y territorios de influencia en la comercialización de estupefacientes, psicotrópicas, anfetaminas, opiáceos, que engloban las llamadas drogas duras.

De igual forma, consolidar el principio de elegir y respetar a una oposición que acepta su fracaso al superar la cultura que priva en ciertos países del fraude electoral y la denostación en el uso de una comunicación financiada por el mismo sistema, omitiendo las bondades de la propaganda política.

En este orden de ideas, crimen y elecciones representa un espacio para conformar en lo más sensible del tejido social un espacio propositivo que lejos de fomentar el no votar, se incorporen figuras que bajo los principios de la iniciativa popular y la revocación del mandato, el exterminio de la corrupción e impunidad, se mejore la relación sociedad y partidos políticos, se integre una misma estrategia en beneficio social y la partidocracia deje de existir.

Si bien es cierto que la globalización ha reducido el mundo en la construcción de bloques económicos, la internet en el rubro de comunicación, también es verídico que la estandarización de la sociedad mundial es un hecho, el crimen organizado se ha sofisticado, los delitos cibernéticos o ciberataques a las estructuras financieras con fines de terrorismo, telecomunicaciones al servicio de estructuras monopólicas con un acondicionamiento social.

Retos de los países considerados en vías de desarrollo, con presencia de liderazgos que sustentados en la desigualdad social han arribado al poder; así vemos a Daniel Ortega en Nicaragua, el chavismo en Venezuela con Nicolás Maduro, Lula da Silva en Brasil, Evo Morales en Bolivia, Cristina Fernández en Argentina, hoy Mauricio Macri; José Mujica en el Uruguay, retomando el poder Tabaré Vázquez. Todos ellos, con un discurso renovador al que hoy se suma López Obrador, como fue el caso de Juan Manuel Santos con la Justicia Transicional, bandera también hoy del presidente electo en México.

Pareciera que los experimentos de los programas norteamericanos con los Planes Mini Marshall, se repitieran para atrapar en la encrucijada de la dependencia un aparente nuevo estilo de gobernar para América Latina.

Como colofón, podemos aseverar que los retos de los gobiernos con tintes sociales y populistas, retoman las consideraciones de Ianni (1973) y más aún del *Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte* escrito por Karl Marx (1973), en el siglo Xix, y concluir que vivimos otro ciclo en el ejercicio del poder, como el protagonista en la evolución del hombre.

3. Los retos de una elección y el cambio del sistema político

Si bien es cierto que en una democracia el juego de los pesos y contrapesos es fundamental para el equilibrio del poder, también es verídico que la tentación totalitaria agudiza la conformación de estructuras oligárquicas y dictaduras en el ejercicio del poder político. Los poderes fácticos que se han manifestado en las últimas décadas de la realidad de países donde el narcotráfico es un factor real del poder, la pregunta que subyace, después de lo expresado, es: ¿Hasta dónde existe un narcoestado?

Es obvio que las predicciones que el poder económico nunca alcanzaría al político, este sucumbe al primero para reconformar las elites gobernantes y consolidar un *status quo*, acorde a sus intereses. En medio de todo ello, los pronunciamientos de un candidato, hoy presidente electo, nos obliga a considerar hasta dónde las políticas sociales que conformaron y dieron cabida a nuestro constitucionalismo social, pueden emerger nuevamente

como condiciones necesarias para afirmar que el proceso revolucionario de hace más de un siglo sigue vivo y con él nuestra Constitución.

Bajo este panorama entenderíamos más cabalmente a Schmitt (1982), cuando se refiere a que “la Constitución es la ley de leyes” (p. 132), lo que implica nada en contra, ni nada por encima de nuestra Norma Fundamental.

Hoy, en el despertar de este milenio, el Estado como ese invento del hombre para el hombre, como la entelequia del devenir de la civilización ha expirado para solo mostrar una cara de Jano, su organización que en el camino de la tecnocracia y de la cibernética, solo se mantiene en esa expresión. O solo se constituye en la pérdida de soberanía, de identidad, de conceptos fundamentales de raza y nación que nos recuerda a Renán (2007) cuando la señalaba como el plebiscito de todos los días, sino también en los motores que orientaban la lucha social como eje fundamental de su historia.

Así, el origen del Estado que era para alcanzar la felicidad y la justicia, son muros de un edificio desmantelado y demolido por los efectos de un capitalismo devastador. Ya no es el comunismo o el socialismo su amenaza, sino el libre mercado que ha anulado fronteras para ubicar el comercio y el capitalismo como una superestructura por encima de la llamada soberanía nacional.

Por el otro lado, un Estado fallido, informal donde la delincuencia organizada ha hecho del territorio un narco-estado, donde el fenómeno del blanqueo de recursos de procedencia ilícita ha penetrado en las estructuras políticas, para imponer dirigentes en los partidos políticos y candidatos a los diferentes cargos de elección popular. Ni los organismos encargados de llevar a cabo el proceso electoral como es el Instituto Nacional Electoral, el Tribunal Federal Electoral o los órganos de control constitucional junto con los partidos políticos, han encaminado sus esfuerzos para sancionar con la pérdida del registro a los institutos políticos que laven esos recursos para campañas políticas, como tampoco la consignación de los candidatos que lo utilicen en sus gastos de campaña.

La reforma política de 2012 y el planteamiento para las elecciones de este 2013, como tampoco la reforma del 2014 para las elecciones pasadas, no han señalado este tipo de penalización, solo los topes de campaña y los órganos de fiscalización vigilan esta posibilidad. (Montero, 2012, p. 263)

Este principio privó en las reformas de 2014, con la transformación solo nominal del Instituto Federal Electoral a Instituto Nacional Electoral.

No olvidemos que la democracia es el gobierno de las mayorías que nos recuerda la Oración de Gettysburg de Lincoln en 1863, o el destino de los pueblos que consagró Benito Juárez en la Reforma.

Si bien la isegoría, isonomía e isotopía del siglo iv de Pericles y en ese deambular del tiempo y del espacio se ha confrontado con las realidades opuestas a su vocación con el totalitarismo, el pensamiento de Heller (1968) rescata ese conflicto entre el ser y deber ser, para que el artículo tercero de nuestra Carta Fundamental la definiera como un sistema de vida basado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

Sin embargo, esta forma de gobierno ante la crisis de los partidos políticos, la decadencia gubernamental, la falta de oficio político y un sin fin de desviaciones en el contexto de la teoría del poder, la ha deformado del análisis de Tocqueville (1963) y de tantos otros autores clásicos de estos temas como Michels (1972), Burdeau (1980), Hauriou (2003), Duverger (1974), Sartori (1993), Bobbio (2004), por citar algunos y encuadrarla en lo que Aristóteles concibiera: el gobierno entre iguales.

Finalmente, podemos aseverar que la inseguridad y la violencia acompañada de una macrocriminalidad económica global derivada de la delincuencia organizada transnacional, de los más de cien mil ejecutados, de las cifras imprecisas por parte del gobierno de desapariciones y desplazados que suman miles de vidas que se iniciaron con la guerra al narcotráfico y lo que se acumula en el llamado efecto “Peña”, no ha concluido a pesar de la jornada electoral de julio de 2018.

4. Conclusiones

El presente artículo pretende mostrar al lector que la democracia persiste como una aspiración inconclusa en la evolución de los sistemas políticos y la ley de leyes es mera expresión de un sitio común de aplicación de la norma, al prevalecer el ejercicio económico por encima del político y legal.

Las plutocracias modernas reviven este sentimiento del principio de que unos nacen para mandar y otros para obedecer. En esa dicotomía se establece la estrategia de dominación y de los mecanismos de control político para las masas.

Ante esa realidad, el rol del Estado es meramente una entelequia que facilita el predominio de una estructura jurídica que se encuentra inmersa en los tratados internacionales, sin que existan consecuencias en la no aplicación de ellos. La negociación diplomática es un formalismo para una expresión normativa inacabada, imperfecta, que obliga a considerar un derecho internacional penal con la existencia de la macrocriminalidad económica generada de la delincuencia transnacional.

En México, y con el propósito de difundir la jornada electoral del pasado primero de julio del año en curso, y de las cifras que determinan un triunfo sin precedente para un partido de cuatro años de creación, en el que su candidato logró mayoría en el Congreso de la Unión, Andrés Manuel López Obrador, confirma que la orientación ciudadana basada en el hartazgo de una presidencia corrupta como la de Peña Nieto, en la que los escándalos de corrupción e impunidad fueron su esencia, la expresión ciudadana en las urnas se concretó a favor de un discurso cuya principal bandera fue y es acabar con la corrupción y con la mafia del poder.

Ante ese escenario, más de cien muertes en el proceso electoral, pues continuamos inmersos en homicidio agravado, delitos contra la salud, feminicidios, secuestro, violación, omitiendo terrorismo, tráfico humano, de órganos y demás signos de una delincuencia organizada que se ve privilegiada con el nuevo modelo acusatorio, en el que la carga de la prueba es para la víctima, y el Ministerio Público —Fiscal— con su extinto monopolio de la averiguación previa o carpeta de investigación, da paso a la teoría finalista y a la imposición de medidas cautelares que lo último es privar de la libertad al delincuente o presunto responsable, hoy vinculado a proceso. Aberrante, para muchos, todo este compendio para un país donde privan los estándares antijurídicos como el nuestro y otros tantos en el orbe.

Ese es el México de nuestros días, ese el reto para los científicos sociales que vemos el fondo que prevalece en los conciertos del poder hegemónico, que no siempre son nacionales, y la posibilidad de encontrar espacios de concientización mediante el surgimiento de consensos y disensos por medio de publicaciones que enriquecen los ideales por los que las sociedades abiertas han luchado bajo las banderas de un patrimonio común:

La historia como hazaña de libertad

Revista que representa un medio de difusión cualitativo que compartimos países hermanos con un ingrediente en común. El compromiso de la ciencia y la vocación de abreviar de nuestra historia, el valor de la acción ordenada conforme a derecho, que en el uso de nuestra soberanía y en apego al artículo 39 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, empeñamos nuestro esfuerzo y talento para la refundación de ese Estado, cuya soberanía popular se manifieste y que figuras como la extinción de dominio, el aseguramiento, la confiscación, el embargo y demás figuras legales permita que la riqueza que acumularon gobernantes en su encargo vía la corrupción, simulación e impunidad, pasen a manos del Estado y de este al pueblo en general.

La revocación de mandato, el voto en blanco, la segunda vuelta electoral y demás figuras de la democracia semidirecta, participativa y representativa, se cristalicen con el propósito de lograr gobiernos abiertos en pro de un futuro más digno, justo, libre e igualitario para las generaciones venideras.

Referencias

- Bobbio, N. (1989). *Estado, gobierno y sociedad; por una teoría general de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2004). *Fundamento y futuro de la democracia*. Valparaíso, Chile: Edeval.
- Burdeau, G. (1980). *Tratado de ciencia política*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Camacho Solís, M. (1977). *Los nudos históricos del sistema político mexicano*. México: Colegio de México.
- Chomsky, N. (2006). *Estados fallidos: El abuso de poder y el ataque a la democracia*. Barcelona, España: Ediciones B.

- Dalh, R. (2009). *La poliarquía. Participación y oposición*. Madrid, España: Tecnos.
- Duverger, M. (1974). *La monarquía republicana*. Barcelona, España: Dopesa.
- Hauriou, M. (2003). *Principios de derecho público y constitucional*. Madrid, España: Comares.
- Heller, H. (1968). *Teoría del estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hermet, G. (1991). *Totalitarismos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ianni, O. (1973). *El populismo en América Latina*. México: Era.
- Instituto Nacional Electoral (2018). *Cómputos distritales 2018, Elecciones federales*. Recuperado de <https://computos2018.ine.mx/#/presidencia/nacional/1/1/1/1>
- Maquiavelo, N. (1974). *Obras completas*, Moscú: Progreso.
- Marx, K. (1973). *Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*. Moscú: Progreso.
- Michels, R. (1972). *Los partidos políticos*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu.
- Montero Zendejas, D. (1999). *La desaparición del Estado*. México: Porrúa.
- Montero Zendejas, D. (2012). *Derecho penal electoral*. México: Fontamara.
- Montero Zendejas, D. (2014). *La drogodependencia y la no criminalización de las adicciones*. México: Porrúa.
- Renán, E. (2007). *¿Qué es una nación?* Madrid, España: Sequitur.
- Reporte Índigo (2017, abril 23) *¿Cuánto, cómo y qué leen los mexicanos?* Recuperada de <https://www.reporteindigo.com/piensa/cuanto-como-leen-mexicanos-inegi-dia-internacional-libro/>
- Sartori, G. (1993). *¿Qué es la democracia?* Madrid, España: Marcial Ponds.
- Schmitt, K. (1982). *Teoría de la constitución*. Madrid, España: Ariel.
- Tocqueville, A. (1963). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.

Aplicación de los principios de la imputación objetiva en la actividad médica¹

Hernando A. Hernández Quintero * 

Recepción: 05/07/2018 • Aprobación: 28/09/2018 • Publicación: 19/12/2018

Resumen

El presente artículo presenta un análisis de la responsabilidad penal que se puede endilgar a los profesionales de la medicina por actos realizados en el ejercicio de su profesión, con una visión desde la teoría de la imputación objetiva.

Palabras claves

Acto médico, riesgo permitido, principio de confianza, consentimiento informado, homicidio, lesiones personales.

Abstract

The following article presents the reader with an analysis of the criminal responsibility that could be charged upon professionals of the medical field, due to actions related with the exercise of their profession, from the perspective of the objective imputation.

Keywords

Medical conduct, allowed risk, principle of trust, informed consent, homicide, personal injuries.

¹ Los aspectos básicos de la presente contribución fueron tratados en el artículo “La responsabilidad penal médica: una visión en la legislación colombiana y argentina”.

* Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y doctor por la misma Universidad. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Profesor Titular de la Universidad de Ibagué y de Posgrado en las Universidades Externado de Colombia, Libre de Colombia y Pontificia Bolivariana de Medellín. Director del grupo de investigación Zoon Politikon. Contacto: hernando.hernandez@unibague.edu.co

Para citar este artículo

Hernández Quintero, H. (2018). Aplicación de los principios de la imputación objetiva en la actividad médica. *Dos mil tres mil*, 20(1), 59-85. doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/20103>

Introducción

Uno de los temas de mayor preocupación para el derecho penal en la actualidad lo constituye la responsabilidad penal que pueda deducirse a los profesionales de la medicina por actos realizados en ejercicio de esta actividad permitida por el Estado, y que es de vital importancia en el desarrollo de la sociedad. En el pasado, pocos eran los sucesos que tramitaban por la jurisdicción penal por este motivo, bien por la falta de conocimiento de los afectados, o bien por no contar, como ahora, con una gran divulgación de los derechos de los ciudadanos, que particularmente en Colombia se ha dado a partir de la Constitución de 1991. En principio, las reclamaciones fueron realizadas por vía de la justicia contenciosa administrativa y los tribunales de ética médica de los diferentes Estados. Esta práctica se ha extendido, y de qué manera, al Derecho penal, y obliga a los fiscales, jueces y abogados litigantes a estudiar la problemática y a los galenos, a conocer más a fondo los riesgos a que pueden verse expuestos en su diario quehacer profesional.

También es evidente que, tradicionalmente, los asuntos se resolvían exclusivamente con los criterios de la dogmática penal clásica, esto es, los principios del causalismo. Con los evidentes avances del derecho penal, que superan incluso los estrechos linderos de los estatutos penales, se viene abriendo camino el apelar a los contenidos de la imputación objetiva y los conceptos del riesgo permitido, el principio de confianza, el incremento del riesgo y la prohibición de regreso, con los que se procura fijar los alcances del tipo penal (Quijano Gómez, 2012, p. 55).

Por lo anotado, en el presente escrito estableceremos, en principio, qué se entiende por acto médico, para luego abordar los problemas que se detectan en ejercicio del mismo, los modos tradicionales de enfrentar sus consecuencias y los aportes de la imputación objetiva, en procura de solucionar en mejor forma los diferentes casos que se presentan en tan importante actividad.

1. El acto médico

El acto médico ha sido definido con acierto por la doctora Paula Inés Argnani (2013) como una intervención, directa o indirecta, del médico o de sus colaboradores, en el cuerpo o psiquis del paciente para diagnosticar, pronosticar y tratar sus enfermedades o para recuperar, conservar y preservar la salud.

El acto médico está compuesto por las etapas de diagnóstico, tratamiento y postratamiento. Cada una de ellas debe analizarse en forma separada para evidenciar los posibles riesgos a que se ve sometido el paciente.

Si bien se ha aceptado que la actividad médica es de medios y no de resultados, en las intervenciones de los profesionales de la salud pueden presentarse diferentes situaciones que van desde las omisiones hasta la conducta desviada del ejercicio de la actividad profesional, en lo que se ha conocido como *mala praxis*. Tales conductas pueden producir efectos negativos para la vida del paciente, que ocasionen su muerte o lesiones en su salud o su psiquis. Como consecuencia, el profesional debe responder por un delito de homicidio o lesiones personales culposas, en los términos de los artículos 109 y 120 del Código Penal colombiano.

Como es sabido, en la legislación colombiana, la modalidad culposa del delito se refiere al actuar con violación del deber objetivo de cuidado bien por imprudencia, negligencia o impericia, o bien, por inobservancia de reglamentos o deberes a su cargo. Siguiendo las corrientes tradicionales de la dogmática penal, bastaba con establecer el nexo causal entre la conducta del agente y el resultado que se investigaba para deducir responsabilidad penal al ciudadano, desde luego, acreditando su responsabilidad a título de dolo, culpa o preterintención.

En las nuevas corrientes, imbuidas de los principios del funcionalismo, se introducen otros criterios que apuntan a la responsabilidad del sujeto conforme al rol que le corresponde desempeñar en la sociedad y la violación de sus deberes, ya sea que se trate de los generales que corresponden a todo ciudadano o de los particulares que le son asignados por especiales condiciones,

en lo que el profesor Jakobs ha denominado *deberes generales e institucionales*. De esta forma, se afirma con razón que la imputación objetiva parte de una premisa fundamental: demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción de un resultado típico. Como criterios de imputación se reconocen: la disminución y elevación del riesgo; el riesgo permitido; el fin de protección de la norma; el principio de insignificancia; la creación de un riesgo jurídicamente relevante; la realización del peligro inherente a la acción base y la conducta alternativa conforme al derecho (Montealegre Lynett, 1988).

Es a partir de estas nuevas nociones como abordaremos la responsabilidad penal médica a que se refiere el presente trabajo. Para ello, es preciso analizar, en primer lugar, los conceptos de riesgo permitido, principio de confianza y elevación del riesgo, entre otros.

2. El riesgo permitido

Es evidente que el desarrollo tecnológico de la sociedad trae consigo un sinnúmero de riesgos que debemos asumir, so pena de paralizar las actividades diarias y el incontenible avance de los países (por ejemplo, la producción de automóviles veloces, la construcción de grandes edificaciones y las intervenciones quirúrgicas complejas). No es concebible hoy una sociedad libre de riesgos (a tal punto que se habla, justamente de la “sociedad del riesgo”), por lo que en muchos casos, en lugar de intentar eliminarlos, hemos entonces de aprender a convivir con ellos, tolerándolos como permitidos, en razón a que son inherentes a determinadas actividades.

Se debe a Welzel el primer impulso para considerar que existen algunos comportamientos que aparentemente producen una lesión, pero que no merecen reproche alguno por ser socialmente aceptados, a los cuales el autor denominó “conductas socialmente adecuadas”. Por esta vía, como lo advierte Reyes Alvarado (2005), se solucionaron desde el finalismo múltiples casos complejos que escapaban a la regulación a través de la intencionalidad de la conducta (p. 207).

Se ha entendido por *riesgo permitido* una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está autorizado y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo (Roxin, 1997). Se trata, como lo señala Reyes Alvarado (2005) de todo aquel riesgo que permanece aún con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben acompañar la ejecución de toda actividad peligrosa socialmente admitida. Se cita como prototipo de este riesgo permitido la conducción de automóviles cuando se observan todas las reglas establecidas para la circulación automovilística.

En lo que respecta a la materia de nuestro estudio, es evidente que la actividad médica constituye una clásica actividad permitida que genera un riesgo permitido. Como lo advierte Bernate Ochoa (2010), si bien muchos de los procedimientos médicos se encuentran ampliamente decantados (piénsese en el caso de la cirugía general, en donde la realización de una apendicectomía o una colecistectomía está claramente establecida), es inevitable que su ejercicio se produzcan resultados lesivos para los usuarios del sistema de salud.

En tales condiciones, antes que proscribir el ejercicio de la medicina, lo aconsejable es regular esta profesión, con el fin de minimizar la posibilidad de riesgos y de que los mismos se concreten en resultados lesivos para los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal.

De esta forma, el ejercicio de la medicina se ha venido reglamentando por vía legal. Por ejemplo, en Colombia, con la Ley 23 de 1981, “por la cual se dictan normas en materia de ética médica” y el Decreto 3380 de 1981 que la reglamenta.

Asimismo, es necesario acudir a la *lex artis*, entendida esta como la codificación de las pautas de comportamiento que el ejercicio de una actividad profesional va decantando, las cuales orientan el correcto desempeño de la función. Como lo sostiene Carlos Mario Molina Arrubla (1998):

Esa *lex artis*, que puede ser indicada como la “ley propia del arte que se ejecuta”,

no es otra cosa que aquellos mandatos o reglas específicas, que deben ser observadas dentro de determinado arte o técnica, a efectos de poder lograr o conseguir unos determinados resultados: en el terreno que nos ocupa, esto es, el de la medicina, puede decirse que esa *lex artis* se encuentra conformada por las reglas técnicas que deben seguirse con miras a la obtención de los resultados deseados, esperados y perseguidos, no solo por el paciente sino también por el médico, en beneficio de la salud, la integridad y la vida del primero. (p. 203)

Desde ya, es prudente precisar que la violación a la *lex artis* no constituye por sí sola delito, sino que es necesario probar que su violación causó efectivamente un resultado lesivo para el paciente.

Finalmente, cuando no se cuenta con parámetros legales (reglamentos) o con la experiencia decantada de la vida (*lex artis*), se aconseja el juicio comparativo o baremo, que consiste en “comparar la conducta que siguió el sujeto, con la que hubiera seguido en el mismo ámbito de relación un hombre prudente y diligente” (Montealegre Lynett, 1988, p. 49) o, como lo advierte Bernate Ochoa (2010), el funcionario judicial debe ponderar la conducta del médico frente a la que hubiere desarrollado otro profesional con las mismas cualidades, experiencia y conocimientos que quien efectivamente desarrolló la conducta que se enjuicia.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha concluido que “el límite entre el riesgo permitido y el desaprobado lo brindan los protocolos de la *lex artis* y el cumplimiento del deber de información que se concreta en el consentimiento informado” (Sala de Casación Penal, 11 de abril de 2012, Proceso 33920).

3. El riesgo permitido y los deberes del profesional de la salud en cada una de las fases del acto médico

a. Diagnóstico

En el diagnóstico, primera fase del acto médico, es obligación del profesional realizar la observación del usuario del servicio en forma directa. Empero,

es posible aceptar el principio de confianza en dos eventos: el diagnóstico realizado por una autoridad científica y el realizado por un especialista. Del primero, puede afirmarse en el caso en que el alumno confía en la valoración de su profesor y del segundo, cuando quien no es especialista acepta el criterio de un experto en el tema del que se trata la consulta.

En esta etapa es también indispensable que se realicen al paciente todos los exámenes tecnológicos posibles, utilizando el tiempo necesario para formarse adecuadamente una idea de la situación actual de quien consulta. Ninguna razón, por ejemplo la económica, es excusa para obviar estos exámenes. Si la entidad en que labora el médico no cuenta con los equipos necesarios para estos exámenes, la responsabilidad recaerá sobre la entidad. De otra parte, las pruebas que se realicen deben ser aquellas que pongan en menor riesgo al paciente.

Sobre este tema bien puede recrearse el caso analizado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, de la República Argentina, en sentencia del 23 de mayo de 2007, en la que un médico atiende a un paciente que presenta un dolor lumbar. El médico le sugiere practicar una mielorradiografía, y se le inyecta en la médula una sustancia de contraste que le originó paresia de los miembros inferiores e intensas algias, claudicación de la marcha, limitación funcional marcada, disfunción sexual, síndrome depresivo y pérdida del sueño. En el proceso se condena al galeno por cuanto este hubiera podido utilizar como método diagnóstico una resonancia por imágenes, tratamiento inocuo y no invasivo, todo lo contrario al que efectivamente se le aplicó al paciente y que desencadenó una lesión de su integridad física (Bernate Ochoa, 2010, p. 113).

Es claro también que cuando el caso no corresponda a la especialidad del médico, este debe remitirlo a un especialista. Desconocer esta posibilidad puede conducir al profesional a una culpa por asunción de riesgo, siempre y cuando se demuestre que el resultado nocivo se había podido evitar cuando hubiere sido tratado por un especialista. Como lo deja sentado Welzel (citado por Montealegre Lynett, 1988, p. 54): “El que no es capaz de

realizar correctamente la acción planeada debe omitirla; para él la conducta correcta, o el cuidado necesario en el tráfico, es la omisión de la acción...” Naturalmente puede presentarse un estado de necesidad cuando un médico general atiende a un paciente por complicaciones cardíacas en la zona rural donde no se cuenta con un especialista.

Otro deber inexcusable es el de elaborar la historia clínica (art. 34 de la Ley 23 de 1981), que se trata de un documento privado, sometido a reserva, en que encuentran respaldo probatorio todas las actuaciones sobre el paciente. Asimismo, es obligación del médico mantener el secreto profesional y suministrar al paciente el informe sobre el estado de su salud, los riesgos en que se encuentra su integridad, las alternativas de tratamiento, los riesgos que las mismas conllevan, igual que los riesgos que se suscitan por la no aplicación del tratamiento. Sobre este tema volveremos al hablar de consentimiento informado.

Un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombia nos permite contextualizar lo expresado previamente. En efecto, un juzgado de la ciudad de Cali condenó por el delito de lesiones personales culposas (deformidad física de carácter permanente) a un patólogo por el error en el diagnóstico de una paciente y por no haber realizado otros exámenes de comprobación. El patólogo reportó el hallazgo de carcinoma ductal de tipo tubular con cambios fibroquísticos en el tejido mamario de una paciente. El resultado no fue confirmado ni descartado mediante la práctica de exámenes adicionales, por ejemplo, el estudio inmunohistoquímico. El oncólogo, con base en ese diagnóstico determinó que el tratamiento que se debía seguir era la extirpación total del seno derecho con vaciamiento de ganglios. Un nuevo examen del tejido extraído, realizado por otra patóloga, estableció que no se trataba de una lesión maligna, sino de una adenosis esclerosante, lesión de naturaleza benigna.

El Tribunal Superior de Cali confirmó la sentencia, modificando la pena. La Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia y aprovechó para

realizar un estudio detenido de los principios de la imputación objetiva y su aplicación en los delitos culposos. Se concluyó que en este evento el patólogo incrementó el riesgo jurídicamente desaprobado por asunción de un riesgo no permitido en el ejercicio de la *lex artis* de la patología y en su posición de garante de la paciente. El alto tribunal de Justicia precisó:

El médico patólogo, doctor X, asumió la posición de garante respecto de la paciente. Y, en virtud de lo normado en el numeral 1 del artículo 25 del Código Penal y en los términos del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, que consagra: “El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”.

En conclusión, un diagnóstico inicial de carcinoma, sin procurar su confirmación, constituía de por sí, en este caso particular, una elevación del riesgo no amparado por la *lex artis*, pues los métodos y prácticas propios de la patología enseñan que nada tiene de raro que la lesión maligna en realidad no lo sea” (Sala de Casación Penal, 29 de junio de 2016, Proceso 41 245).

De esta forma, se incrementó el riesgo jurídicamente desaprobado. En resumen, en el caso citado, el patólogo fue condenado como coautor de la conducta punible, por violación de la posición de garante, lo que presupone haber dejado de actuar, teniendo el deber legal de evitar el resultado; esto es, una infracción del deber especial de impedir el resultado dañoso.

b. Tratamiento

Una segunda etapa del acto médico la constituye el tratamiento, estadio en el cual se realiza la intervención directa sobre el cuerpo del paciente. En esta fase el profesional también está obligado a observar algunos deberes legales y de la *lex artis*. Su incumplimiento genera riesgos jurídicamente desaprobados y, en caso de concretarse un resultado lesivo para el paciente, dará lugar a la imputación objetiva de los mismos.

Esos deberes son el deber de mantenerse dentro del riesgo permitido; el deber de mantenerse dentro de la *lex artis*; el deber de evitar acciones peligrosas y la realización de acciones de salvamento.

En cuanto al primero, una vez conocido el diagnóstico y la situación real de la salud del paciente, el profesional de la medicina debe realizar el procedimiento que considere adecuado, previendo las fuentes de riesgo permitido, es decir, la normatividad y la *lex artis*. Esto incluye las guías y protocolos de manejo, y en su defecto, la literatura científica. Aquí se destaca, por ejemplo, la prohibición de aplicar al paciente métodos experimentales, salvo que no exista normatividad o protocolo al respecto y siempre que se cuente con el consentimiento informado.

Por esta vía arribamos al segundo deber, que consiste fundamentalmente en evitar acciones peligrosas, por ejemplo, utilizar un instrumento en forma inadecuada produciendo daños en el cuerpo del paciente. La realización de acciones de salvamento consiste en la obligación para el profesional de adoptar las medidas necesarias cuando en el desarrollo de un procedimiento sobrevengan situaciones que pongan en peligro la vida de la persona. La discusión se presenta cuando la intervención no está dentro de la especialidad del médico tratante. Algunos piensan que estamos, entonces, frente a un típico caso de estado de necesidad, pero otros autores niegan esta posibilidad por la inexistencia de colisión de derechos.

c. Postratamiento

Consiste en la obligación del médico de efectuar asistencia y seguimiento a la evolución de la salud de la persona que ha intervenido. Quien omita este compromiso genera un riesgo jurídicamente desaprobado y en el evento de presentarse un desenlace fatal para el paciente, será responsable del mismo. Desde luego, en este caso es necesario contar con el debido cuidado del propio paciente y el cumplimiento estricto de las indicaciones del profesional.

Sobre este tema, se recuerda en Colombia el proceso en el cual se condenó a un cirujano estético como autor del delito de lesiones personales culposas, de acuerdo con los siguientes hechos citados en el fallo:

El 22 de julio de 2003, en la clínica Santillana de Cali, una ciudadana se sometió a una intervención quirúrgica de implantación mamaria, inyección glútea y lipoescultura, que fue practicada por un cirujano estético. Al tercer día del posoperatorio la paciente exhibía extensas zonas de enrojecimiento y úlceras de la piel del abdomen (eritema y epidermólisis), a las que se sumaron un intenso dolor, fiebre, vómito y malestar general. El médico comentó que se trataba de un proceso normal de recuperación y ordenó diez sesiones de cámara hiperbárica.

El proceso de sufrimiento de la piel —que inició probablemente con el trauma causado por la liposucción superficial que habría ocasionado la ruptura de los vasos sanguíneos de los planos superiores del abdomen— se agudizó durante la fase posoperatoria y avanzó hacia una necrosis tisular de gran tamaño y a una infección grave producida por *Staphylococcus aureus* y *Pseudomonas aeruginosa*. El médico ordenó entonces diez sesiones de terapia hiperbárica, y la receta no incluyó un cubrimiento antibiótico adecuado, por cuanto no se dispuso el cultivo pertinente para identificar el germen infeccioso, y el desbridamiento de la piel ampliamente necrosada fue tardío y no controlado mediante hospitalización.

Como resultado de esta situación, se otorgó a la paciente incapacidad médica de 45 días y se presentaron secuelas, consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo con carácter permanente.

La Corte Suprema de Justicia analizó que para el manejo del eritema, la epidermólisis, la necrosis cutánea y la infección durante el posoperatorio, de acuerdo con el protocolo terapéutico, era necesario: *i*) programar enseguida de la operación las citas de control —domiciliarias o en consultorio— que sean necesarias para tener pleno conocimiento acerca de la evolución o involución de su paciente, teniendo en cuenta que la primera de ellas no

puede sobrepasar el tercer día, como quiera que es el período indispensable para que cualquier complicación empiece a hacerse notoria; *ii*) elaborar un diagnóstico precoz sobre el estado de salud de la persona intervenida, que permita establecer probables complicaciones y el tratamiento para seguir; *iii*) ante la evidencia de un profuso enrojecimiento de la piel, indicativo de eritema, iniciar el suministro de oxígeno hiperbárico (cámara e inyecciones) y aplicar cremas antibióticas hasta que se defina la lesión; *iv*) hacer escarectomías parciales con químicos, si la lesión es superficial para mantener limpia la piel y permitir un proceso adecuado de cicatrización; *v*) disponer la toma de las muestras de tejido —biopsia— con propósito de cultivo para identificar la presencia o no de infección; *vi*) recetar el medicamento antibiótico sensible al microorganismo causante del proceso infeccioso; *vii*) si la necrosis evoluciona a una fascitis necrotizante, practicar el desbridamiento o resección total de los tejidos necrosados y custodiar la evolución; *viii*) hacer o disponer las curaciones externas que sean necesarias para lograr una adecuada cicatrización; *ix*) ante la formación de queloides, hacer la resección y reparación estética (injertos si es necesario), y *x*) solicitar el apoyo por interconsulta que demande para la atención de las lesiones de piel o el manejo de la infección.

Concluye la Corte que si el profesional de la medicina estética cumple con los estándares mencionados, se habrá satisfecho el deber objetivo de cuidado y por modo alguno la creación o incremento del riesgo permitido podría serle atribuido. En caso contrario, y siempre que la acción disvaliosa supere el límite del riesgo típicamente relevante causando de forma próxima el resultado imputado, hay lugar a efectuar la imputación en el tipo objetivo, que fue justamente lo que acaeció en el caso en estudio.

Ahora bien, si se demuestra que el daño en la salud del paciente en el posoperatorio es el resultado de descuido del paciente o de su negligencia en seguir las indicaciones del galeno o en la atención estricta del tratamiento, se reconocerá una acción a propio riesgo y el médico no habrá superado

el riesgo permitido, con lo cual su conducta deviene en atípica. Sobre este preciso aspecto ha señalado la jurisprudencia colombiana:

Se insiste, la conducta negligente del facultativo debe tener repercusión directa en el desvalor de resultado, pues si la lesión o la muerte de la persona sobreviene como derivación de situaciones al margen de la práctica médica o por alguna táctica distractora del tratamiento asumida por parte del paciente —autopuesta en peligro o acción a propio riesgo—, no habría lugar a imputar el delito imprudente al galeno, pues sería aquel y no este entonces, a quien se debería atribuir la contribución al desenlace transgresor del interés jurídico tutelado (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 33920, 11 de abril de 2012).

4. El principio de confianza y su aplicación en la responsabilidad médica

Este principio, que encuentra sus raíces en la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán para resolver temas atinentes al tráfico rodado, parte del supuesto de que cada persona pueda organizar sus actividades en el convencimiento fundado de que los demás se comportarán también de manera reglamentaria. Por ejemplo, quien atraviesa una calle presume que quien conduce un vehículo por la vía se detendrá frente a la luz roja del semáforo y, por ello, puede cruzar sin peligro para su vida o integridad personal.

En una sociedad donde existe una clara asignación de competencias se espera que cada ciudadano atienda a las expectativas que se tienen en el cumplimiento de su rol, de donde se concluye que cada individuo es responsable de las consecuencias defraudadoras de su comportamiento, esto es, cuando desatiende los criterios de convivencia social.

Ahora bien, a pesar de que este subinstituto, que es una expresión del riesgo permitido (Montealegre Lynett, 1988, p. 64), fue utilizado en principio para los temas relacionados con el tráfico automotor, hoy no existe discusión sobre el hecho de que es aplicable a todas las situaciones en que participa un número plural de personas. En consecuencia, en actividades

complejas que requieren el concurso de varios ciudadanos, en ocasiones con conocimientos especializados, hablamos de la necesaria división del trabajo. En esta distribución de funciones se exige partir de la base de que cada cual desarrollará a conciencia su tarea (autorresponsabilidad), lo cual permite a las demás personas confiar, válidamente, en la correcta atención de los deberes jurídicos.

Si ello es así, cada persona debe responder exclusivamente por la tarea que le ha sido asignada, y se le autoriza a confiar en los que los demás, a su turno, atenderán satisfactoriamente sus propias responsabilidades. Al respecto afirma Jakobs (2007): “El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza confiar —en una medida aún por determinar— en su comportamiento correcto (entendido no como suceso psicológico, sino como estar permitido confiar)” (p. 253). Como lo resume Montealegre Lynett (2003): “mientras no existan circunstancias excepcionales, se tiene derecho a esperar de los demás un comportamiento reglamentario” (p. 36).

La doctrina ha coincidido en que la actividad en la que existe una mayor posibilidad de aplicación del principio de confianza es en el campo médico, pues, sin lugar a dudas, es donde más se requiere el trabajo en equipo y una clara división de actividades de acuerdo con la especialidad que ha alcanzado la profesión. Por ello, a continuación analizaremos varias situaciones en las que tiene aplicación este instituto en la actividad médica y qué excepciones pueden pregonarse del mismo.

En el acto médico participa un equipo en el que encontramos personas que desarrollan un rol trascendente e independiente, como el cirujano y el anestesiólogo. Asimismo, otros actores desempeñan labores secundarias y dependientes, como son las enfermeras y el instrumentador quirúrgico². En

² En ocasiones su tarea se torna en principal pues desarrolla actividades propias de su profesión tanto como circulante de quirófano como instrumentadora propiamente dicha. Su tarea comprende diversas actividades que van más allá de alcanzar los instrumentos al cirujano, tales como preparar, esterilizar y ordenar el instrumental quirúrgico. Pese a ello, además realiza funciones encomendadas y supervisadas por el cirujano como desinfectar y ocluir o vendar la herida operatoria, finalizada la intervención (Argnani, 2013, p. 124).

el caso de los primeros profesionales nombrados, se pregona el principio de confianza por la existencia de una relación horizontal, esto es, “aquella que tiene lugar entre profesionales que poseen un mismo nivel de cualificación en sus respectivas ramas” (Gómez Rivero, citada por Bernate Ochoa, 2010, p. 167). Se cita como ejemplo en la literatura el médico que confía en que el anestesiólogo preparará y aplicará adecuadamente el compuesto anestésico y que realizará las maniobras de reanimación correspondientes cuando fuere necesario puesto que estas son sus funciones. De manera que, cuando el paciente fallece debido a una deficiencia en la administración de la anestesia, ya sea en la preparación del compuesto anestésico o en su aplicación, no podrá imputarse el resultado lesivo al cirujano.

También opera el principio de confianza tratándose de relaciones verticales, es decir, las existentes entre quienes tienen el rol principal y las que ostentan uno secundario y dependiente, de tal forma que el superior puede confiar en que el inferior se comportará correctamente y el inferior puede confiar en las órdenes del superior. Se cita como ejemplo que, cuando el médico solicita a la enfermera aplicar un medicamento específico, el facultativo puede confiar en que aplicará la sustancia que fue indicada y en la cantidad prescrita. A su vez, la enfermera puede confiar en que la orden dada por el médico se ajusta a la *lex artis*. Por ejemplo, si un médico le indica a una enfermera que debe aplicar un determinado medicamento al paciente y este muere por una reacción alérgica a ella, lo cual era previsible, solo responderá penalmente el primero, pues la enfermera que contribuyó causalmente a la producción del resultado no infringió ningún deber de cuidado porque su actuación estaba dentro del riesgo permitido. Sin lugar a dudas, el principio de confianza es una expresión del peligro socialmente tolerado.

De otra parte, para que pueda aceptarse el principio de confianza en las relaciones verticales es imprescindible la correcta preparación e instrucciones por parte del superior a sus auxiliares. Este predicado no es viable cuando el inferior se encuentra bajo la vigilancia del superior, como sucede con el estudiante que realiza un procedimiento con la tutela de su profesor. En este

caso, el deber de cuidado está dirigido precisamente a la vigilancia, control o cuidado del comportamiento de otras personas. Tampoco opera el principio de confianza cuando es evidente el incumplimiento del rol por parte del destinatario del principio de confianza, en lo que se ha conocido como la presencia de circunstancias excepcionales, como cuando el instrumentador se encuentra en evidente estado de embriaguez o, en general, en condiciones de inferioridad física o síquica por el cansancio, la droga, etc. En esta situación debe ser reemplazado o de lo contrario se responderá conjuntamente con él, en caso de cualquier fallo técnico (principio de defensa).

Cuando se permite la delegación de funciones, el delegante debe ejercer vigilancia sobre el cumplimiento de las tareas por el delegado. Con todo, es importante advertir que la inobservancia del deber de supervisar que se asigna al director del tratamiento no exime al colaborador de la responsabilidad que surja de la ejecución inadecuada de sus responsabilidades. Pues como lo advierte la doctrina (Argnani, 2013), como sujetos de derecho que son, cada participante deberá responder por las consecuencias de los actos que constituyan sus propias tareas, no pudiendo justificar sus errores en una falta de control (p. 133).

Existen en la doctrina algunos casos que se han considerado paradigmáticos en la aplicación del principio de confianza en la actividad médica. Nos referimos al abandono de compresas en el cuerpo del paciente³; la aplicación de nuevas técnicas en la cirugía estética⁴;

³ La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sentencia del 18 de mayo de 2005, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, precisó que en los eventos en que en el cuerpo del paciente se dejen compresas u otros elementos quirúrgicos, se debe declarar como responsables a todos los participantes en el evento salvo que logren demostrar que no son responsables del hecho. En materia penal se sostiene que los profesionales que se encuentran en la sala de cirugía pueden confiar en que quien realiza el conteo de la compresas lo hará correctamente y no se podrá exigir a los demás que verifiquen la situación (Bernate Ochoa, 2010, p. 173; Solórzano Garavito, 2014, p. 112).

⁴ Se presenta la situación cuando se aplica por parte del cirujano una nueva técnica que viene probando, pero que aún no cuenta con aceptación científica. Cuando el paciente muere y se vincula penalmente también al anestesiólogo, en concepto de la doctrina este debe ser absuelto por el principio de confianza (Solórzano Garavito, 2014, p. 112; Bernate Ochoa, 2010, p. 174).

la utilización del electrobisturí⁵; y el empleo de capacidades ajenas⁶, entre otros.

5. El consentimiento informado

Consiste en “la aquiescencia o autorización que da el paciente para que el médico realice un determinado procedimiento, después que este le ha explicado en términos que le sean entendibles, en qué consiste el procedimiento, qué efectos se van a derivar del mismo, cuáles son los riesgos objetivos que genera, qué otras alternativas distintas existen” (Solórzano Garavito, 2014, p. 143).

Históricamente se conocen dos visiones sobre el tratamiento de los pacientes; una de carácter paternalista y otra autonomista. La primera, le da primacía a la posición del médico en la medida en que como este es quien sabe, es el que puede tomar decisiones. La segunda, privilegia la autonomía del paciente. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado como regla general que el médico no puede actuar sin el consentimiento del paciente, partiendo del reconocimiento de la libertad y autonomía del hombre y en la aplicación de sus atributos de autodeterminación y disponibilidad. Robustece su posición el alto tribunal con lo preceptuado en los artículos 1 y 15 de la Ley 23 de 1981 que indican:

⁵ Para la utilización de este equipo que genera gran rendimiento, en algunas operaciones es necesario colocar al paciente dos placas con gel para lograr el adecuado contacto. Terminada la operación se detecta que la persona sufrió una quemadura en las zonas de contacto. Verificado el procedimiento, se establece que la persona encargada cumplió satisfactoriamente con los requerimientos de la utilización del equipo. En este evento, en razón a que por el principio de confianza los participantes en el acto médico obraron confiando en que el equipo estaba en óptimas condiciones, deben ser liberados de responsabilidad penal (Solórzano Garavito, 2014, p. 114; Bernate Ochoa, 2010, p. 174).

⁶ Cuando un paciente debe ser intervenido, es necesario contar con exámenes de laboratorio previos y en el curso del procedimiento se debe aplicar anestesia. Por principio de confianza, no será responsable el cirujano cuando los exámenes están mal practicados o el anestesiólogo se equivoca en cuanto a la calidad y cantidad de la anestesia, salvo que existan situaciones excepcionales como el estado de embriaguez del anestesiólogo o se conozca que el laboratorio presenta recurrentes fallas.

El médico debe considerar y estudiar al paciente como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar medidas curativas y de rehabilitación correspondientes, [de modo que] ...pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente. (Sentencia T-477, 23 de octubre de 1995).⁷

Instrumentos de carácter internacional se han preocupado por el criterio del consentimiento informado, basta citar la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, del año de 1994, promovida por la Organización Mundial de la Salud; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina—Consejo de Europa—del 4 de abril de 1997, y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos —Unesco— del 11 de noviembre de 1997 (Araque Moreno, 2014).

Ahora bien, en materia de consentimiento informado, es uniforme la doctrina al afirmar que existen tres clases: el directo o personal, el sustituto y el mixto (sustituto y judicial). El primero, se presenta cuando el propio paciente, después de haber recibido toda la información correspondiente en términos que le permitan entender el procedimiento al que va a ser sometido y los riesgos del mismo, autoriza actuar; el segundo es el que es dado por una persona distinta a la que va a ser atendida, cuando legalmente esta no lo puede emitir, como es el caso de los padres a nombre de sus hijos, o el de los tutores frente a los mentalmente incapaces o personas en

⁷ Se trata de un niño a quien un perro le cercenó el pene y los testículos. Los médicos proyectaron que académicamente sería interesante realizarle un cambio de sexo y posteriormente obtuvieron el consentimiento de los padres, quienes dibujaron su firma en un escrito en el que autorizaron “cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo”, sin que fueran conscientes de la trascendencia del cambio de sexo del hijo. La Corte entiende que en este caso no se obtuvo en debida forma el consentimiento informado del paciente por lo que ordena realizar una readecuación del sexo y que la menor pueda ser nuevamente varón. (Bernate Ochoa, 2010, p. 128).

estado de inconciencia. En algunos eventos, cuando por razones extremas el consentimiento por sustitución no puede ser otorgado por un tercero en los términos anotados en precedencia, se puede acudir al llamado *consentimiento presunto*⁸. Por último, el consentimiento mixto se presenta cuando, además del consentimiento de los padres, se requiere una autorización judicial, como en el caso de los oligofrénicos que deben ser sometidos a ciertos procedimientos que podrían ser lesivos para sus derechos, a procrear, por ejemplo, pero deben ser sometidos a ellos para evitar embarazos futuros. En casos como el comentado ha dicho la Corte Constitucional colombiana:

Pero además de que dicho consentimiento sea informado y cualificado en algunas ocasiones se requiere que este consentimiento se acompañe igualmente del agotamiento previo de algunos trámites judiciales por medio de los cuales se autorice la práctica de algún procedimiento médico, particularmente cuando, como consecuencia de la práctica del mismo, se vaya a decidir de manera definitiva sobre alguna función orgánica de una persona, es decir, cuando se vaya a afectar o limitar severamente una capacidad funcional, alterando incluso de manera definitiva algún derecho del menor o del disminuido mental que ha sido sustituido en su consentimiento.

En estas eventualidades, es necesario tener la certeza absoluta que la persona que va a ser sustituida en su consentimiento, no vaya a tener a futuro, la posibilidad de adquirir el criterio suficiente y racionalidad de su condición personal, que le permita en algún momento dado, otorgar su consentimiento. (Sentencia T-1019, 1 de diciembre de 2006)

Ahora bien, existen situaciones excepcionales en las que el médico puede actuar sin el consentimiento del paciente. El artículo 14 de la Ley 23 de 1981 preceptúa que en Colombia: “El médico no intervendrá quirúrgicamente

⁸ Dice Argnani que: “en términos estrictamente penales, la figura del consentimiento presunto se sitúa entre el consentimiento expreso (del que se diferencia por ser una causa de justificación y una construcción normativa, y no una efectiva manifestación de voluntad) y el estado de necesidad justificante (del que se diferencia en que la justificación, en este caso, no depende de una ponderación objetiva de intereses, sino de la voluntad hipotética del bien jurídico afectado) y se considera una causa de exclusión del injusto penal limitada al derecho penal”.

a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.

De esta norma se colige que es viable proceder sin el consentimiento del paciente en tres casos: urgencias (consentimiento presunto), cuando el estado del paciente no sea normal o se encuentre en condición de inconsciencia y carezca de parientes o allegados que lo suplan, y cuando el paciente sea menor de edad y no exista familiar que pueda dar el consentimiento.

En cuanto al consentimiento, este debe ser libre, voluntario y, además, debe plantearse en forma tal que el paciente esté en condiciones de entenderlo, teniendo en cuenta entre otros aspectos, el conocimiento especializado del médico y el conocimiento lego del paciente. De esta forma, el galeno a cargo del tratamiento debe informar en forma completa, clara e inteligible para que el paciente efectivamente pueda comprender su trascendencia y significado cuando otorga el correspondiente consentimiento, así como sus respectivas consecuencias.

Afirma la doctrina que cuando el tratamiento no es de naturaleza curativa, por ejemplo, en el caso de una cirugía estética, la información que se suministra al paciente debe ser mucho más rigurosa y extenderse, de paso, a la posibilidad de que no se alcance el efecto esperado (Araque Moreno, 2014, p.142).

Ahora bien, puede suceder que el paciente no quiera enterarse de la enfermedad que lo aqueja y se rehúse a someterse al tratamiento. En este evento, el médico debe analizar si la enfermedad puede afectar a otras personas —por ejemplo, a la pareja del paciente en el caso del sida— y debe tomar las medidas necesarias para neutralizar el riesgo en cuestión, por ejemplo, informando sobre este aspecto a la esposa o compañera para que tomen las precauciones de rigor (p. 142).

En conclusión, como lo advierte Argnani (2013): “Por disposición legal, la autorización informada del enfermo se convierte en otra de las pautas que delimitan el riesgo tolerado en materia médica” (p. 257).

a. Consecuencias penales de la omisión del consentimiento informado

Si aceptamos que compartimos el enfoque de la autonomía, podemos afirmar que cuando el médico procede a un tratamiento sin el consentimiento informado o cuando el mismo no sea válido por carecer de alguno de los requisitos que le son propios, el profesional de la medicina debe responder penalmente por el daño ocasionado, por ejemplo, por unas lesiones personales o un delito de homicidio culposo⁹.

Bien puede suceder que no exista consentimiento informado o que este sea inválido, pero que el procedimiento resulte exitoso. En este evento, puede afirmarse que ninguna responsabilidad penal le es endilgable al médico. Pueden surgir sanciones de orden administrativo, propias de los tribunales de ética médica. Con todo, algunas legislaciones como las de Paraguay (Código Penal, art. 123), Portugal (Código Penal, art. 156) y Austria consideran este hecho como una “intervención médica arbitraria”.

En los casos en que se tenga el consentimiento informado y este sea válido pero el tratamiento devenga ineficaz, a pesar de que el galeno haya ajustado su conducta a las reglas de la *lex artis*, se le exonera de responsabilidad penal pues su conducta es atípica por no haber superado el riesgo permitido. *A contrario sensu*, cuando se le haya otorgado válidamente el consentimiento informado, pero la práctica médica haya sido incorrecta y como consecuencia se produzca una consecuencia nociva para la vida o la salud del paciente, al médico se le puede imputar la producción del resultado a título de culpa por imprudencia y, sostienen algunos autores, a título de dolo eventual (Araque Moreno, 2014).

⁹ Zaffaroni engloba los actos médicos adecuados a la *lex artis* en los supuestos de atipicidad conglobante. Explica que el médico está obligado a obtener la autorización del paciente, pero que la falta de esta solo le acarrea responsabilidad administrativa, pudiendo acarrear la penal si configura algún tipo de delito contra la libertad personal, pero jamás tipicidad penal de lesiones, porque el fin terapéutico excluye estas intervenciones del ámbito de prohibición del tipo de lesiones. (Citado por Argnani, 2013, p. 251).

6. Imputación o autopuesta en peligro del paciente

En la relación médico-paciente surgen unas responsabilidades recíprocas que imponen al galeno desplegar todo su conocimiento y capacidad para salvar y recuperar la salud del paciente y a este último, permitir que el médico actúe y cumplir estrictamente con las recomendaciones efectuadas para lograr su recuperación. Cuando el paciente desatiende estas instrucciones o limita el actuar del profesional y de ello se deriva un resultado lesivo, debe asumir las consecuencias de su conducta, en lo que se ha llamado en la teoría de la imputación objetiva *una acción a propio riesgo*, equivalente a la autopuesta en peligro.

En la casuística, se conoce en Colombia el caso de los testigos de Jehová que, por respetables creencias, no admiten transfusiones de sangre. De acuerdo con su convicción, se tiene que nacer y morir con la propia sangre, porque así lo ordena Jehová. Esto implica que si se requiere hacer uso de la sangre en desarrollo de un procedimiento quirúrgico, el testigo de Jehová le da como alternativa al médico que use el plasma, que es un derivado de la sangre. En esta situación, si durante un procedimiento se produce la muerte por no utilizar la sangre de que se dispone, no se podrá imputar el resultado al profesional, pues se trata de una clásica acción a propio riesgo.

También puede suceder que sea el médico quien siga las creencias de los testigos de Jehová y frente a una situación como la comentada se niegue a efectuar la transfusión de sangre al paciente, evento en el cual se crea por el médico un riesgo jurídicamente desaprobado y debe responder por las consecuencias lesivas en caso de producirse.

Otra situación relacionada con las acciones a propio riesgo en la actividad médica se produce con los enfermos terminales que padecen grandes dolores que son insoportables y deterioran su calidad de vida, lo cual los conduce a solicitar su derecho a morir, en razón de no llevar una vida digna. Este es un tema ampliamente tratado por la doctrina. Así, José Luis Díez Ripollés ha precisado:

La preeminencia de la voluntad o interés del afectado debe regir de modo general; sin duda está presente en todas las hipótesis en que se precisa la solicitud o consentimiento expreso o tácitos del afectado, o en las que se parte de una voluntad plasmada previamente en una declaración vital. (Citado por Solórzano Garavito, 2014, p. 131)

A su turno, el profesor Juan Carlos Carbonell señala: “La petición expresa y seria de morir de un ser humano ha de ser atendida de tal manera que su consideración ha de sobreponerse a cualquier valoración positiva que pueda merecer la continuidad de la vida” (citado por Solórzano Garavito, p. 131).

En Colombia, el tema ha sido estudiado por la Corte Constitucional en dos sentencias paradigmáticas. En una primera oportunidad, se demandó la constitucionalidad del artículo 326 del Código Penal de 1980, que consagraba el homicidio por piedad¹⁰. En esta decisión (Sentencia C-239, 20 de 1997) se declaró la exequibilidad de la norma, por cuanto a pesar de la finalidad altruista con la que se procedía, el comportamiento seguía siendo antijurídico y tenía una pena disminuida.

No obstante, en la misma decisión, se dejó sentado que cuando el médico atiende a la voluntad del paciente que sufre de una enfermedad terminal que le produce grandes padecimientos y que no desea alargar su vida dolorosa, la conducta del sujeto agente carece de antijuridicidad. Al respecto afirmó la Alta Corporación:

No sobra recordar que el consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Por ello, la Corte concluye que el sujeto activo debe ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no solo

¹⁰ Hoy este homicidio degradado se encuentra consagrado en el artículo 106 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000).

de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren. (Sentencia C-239, 20 de mayo de 1997)

Al revisar una acción de tutela, la Corte Constitucional colombiana volvió a ocuparse del tema en la Sentencia T-970 de 15 de diciembre de 2014. En esta ocasión, si bien no pudo resolver el asunto en estudio, pues la persona que solicitaba se autorizara la eutanasia murió en el curso del proceso, es decir, operó la carencia de objeto por daño consumado, la Corporación aprovechó para revisar la figura de la eutanasia, reiterando los criterios establecidos en la decisión de 1997, pero haciendo claridad sobre los siguientes presupuestos para hacer efectivo el derecho a morir dignamente, el cual declaró como derecho fundamental: *i)* el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores. *ii)* el consentimiento libre, informado e inequívoco. Finalmente, exhortó al Ministerio de Salud para que, mientras el Congreso cumple su responsabilidad de regular el tema, esa instancia del poder ejecutivo diseñe y planee una ruta para que se garantice la muerte digna a los colombianos en todos los hospitales y clínicas del país, de esta forma, debe constituir un comité que realice el seguimiento a estos procedimientos.

De otra parte, el incumplimiento de las obligaciones del paciente que genera una autopuesta en peligro se presenta también cuando la persona no cumple las recomendaciones del médico para que asista a determinados controles, se tome algunos medicamentos, se realice los exámenes de rigor y tenga algunas precauciones especiales, por ejemplo no exponerse al sol cuando ha sido operado para resolver un problema de miopía. Otra posibilidad de responsabilidad del paciente se genera cuando este omite decir la verdad acerca de sus síntomas o antecedentes (Poveda Buitrago, 2014, p. 169).

7. Realización del riesgo

Al iniciar la presente contribución afirmamos que para el juicio de imputación no es suficiente que se genere un riesgo desaprobado, sino que se requiere como un elemento fundamental que el mismo se concrete en un resultado lesivo como resultado de dicho riesgo. Es decir, se excluye la imputación cuando el resultado se produce, no como consecuencia del peligro creado por el autor, sino solo en conexión casual con el mismo. Como lo ejemplifica la doctrina, alguien dispara a la mano de una persona que siendo hemofílica fallece a consecuencia de esa herida (De Jesús, 2006, p. 103).

Bajo este criterio, podemos recopilar algunos supuestos que propone el profesor Eduardo Montealegre Lynett (1988) en los que se compromete la responsabilidad de los profesionales de la medicina cuando el resultado se produce por una conducta imprudente o negligente del médico a pesar de no ser la causa del riesgo inicial (p. 26).

En un accidente de tránsito una persona recibe lesiones leves que, generalmente no conducen a resultados más graves. Por culpa de un mal tratamiento se produce la muerte o una lesión mayor. El resultado más grave solo se le imputa al galeno y no al conductor.

Un sujeto le ocasiona a otra persona una herida con aptitud suficiente para producir la muerte. Existiendo aún la posibilidad de salvación, el herido es conducido al hospital, donde muere porque el médico no interviene o lo hace en forma defectuosa. Aquí se afirma que el médico creó un nuevo riesgo con su conducta descuidada. El agresor responde por tentativa de homicidio y el médico por homicidio culposo.

Otro evento se presenta cuando el médico acelera la producción de un resultado que era inevitable. Por ejemplo, cuando el paciente presenta una enfermedad incurable pero por una conducta imprudente o negligente del galeno se apresura el deceso. En este evento, responde por homicidio.

Referencias

- Araque Moreno, D. (2012). El consentimiento informado y su trascendencia en el Derecho Penal. *Revista Nuevo Foro Penal*, 10(82), 132-147. Medellín: Universidad EAFIT.
- Argnani, P. I. (2013). *Responsabilidad penal del médico*. Buenos Aires: Astrea.
- Bernate Ochoa, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Código Penal colombiano. Ley 599 de 2000 (24 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial 44097 de 24 de julio.
- Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11179 de 1921 (30 de septiembre). Congreso de la Nación. Boletín Oficial 8300 de 3 de noviembre.
- Colombia. Corte Constitucional (23 de octubre de 1995). Sentencia T-477. Expediente T-65087. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (20 de mayo de 1997). Sentencia C-239. Expediente 1490. M. P. Carlos Gaviria Díaz
- Corte Constitucional (15 de diciembre de 2014). Sentencia T-970 Expediente T-4067849. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal (11 de abril de 2012). Proceso 33920. Aprobado acta 121. M. P. Augusto José Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (29 de junio de 2016). Proceso 41 245. Aprobado acta 194. M. P. José Luís Barceló Camacho
- Decreto 3380 de 2004 (30 de noviembre). Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981. Presidencia de la República. Diario Oficial 35914 de 30 diciembre.
- Ley 23 de 1981 (18 de febrero). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Congreso de la República. Diario Oficial 35711 de 27 de febrero. De Jesús, D. E. (2006). *Imputación objetiva*. Montevideo: B de F.
- Jakobs, G. (2007). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo. Madrid: Marcial Pons.
- Molina Arrubla, C. M. (1998). *Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica* (2.ª ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Montealegre Lynett, E. (1988). *La culpa en la actividad médica, imputación objetiva y deber de cuidado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2003). *El riesgo permitido en la actividad bancaria. El caso especial de lavado de activos en Colombia (Estudio introductorio)*. En A. L. Callegari. *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia
- Poveda Buitrago, N. (2014). *Imputación objetiva acciones a propio riesgo y responsabilidad penal médica en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Quijano Gómez, J. O. (2012). La teoría de la imputación objetiva en los casos de culpa en la actividad médica: una aproximación teórica. *Dos mil tres mil*, 3(14), 47-59. Ibagué: Universidad de Ibagué.

- Reyes Alvarado, Y. (2005). *Imputación objetiva* (3.^a ed.). Bogotá: Temis.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Solórzano Garavito, C. R. (2014). *Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia* (2.^a ed.). Bogotá: Nueva Jurídica.

Desafíos de la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz

Magda Stella Reyes Reyes^{1*}

Recepción: 02/04/2018 • Aprobación: 28/09/2018 • Publicación: 19/12/2018

Resumen

La aplicación de la Justicia Transicional en Colombia basada en los diálogos y en el acuerdo de paz, desarrolla elementos importantes en relación a la ética del conflicto, la solución negociada y el reconocimiento de las víctimas. Estas herramientas razonables, enmarcadas con sigilo por los distintos protagonistas, como la creación de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas, la Comisión de la Verdad y el Tribunal Especial para la Paz, ha logrado que una iniciativa del Gobierno colombiano y las FARC-EP, obtenga el mejor acuerdo posible, con legitimación democrática y un intento de lograr una paz estable y duradera (Reyes Alvarado, 2018).

Este año 2017 el desarrollo legal del acuerdo de paz ha esquematizado diversos actos legislativos, múltiples leyes y decretos reglamentarios al interior del sistema judicial colombiano. Existen problemáticas derivadas de las interpretaciones normativas desde el procedimiento y la prueba que se desarrolló de manera transversal en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) con el condicionante del reconocimiento de la verdad y la responsabilidad (artículo transitorio inciso 5 del Acto Legislativo n.º 001 de 2017).

* Doctora en Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla, España. Máster Universitario de Especialización en Derecho Penal, Instituto de Criminología de la Universidad de Sevilla. Diploma de Suficiencia Investigadora, periodo de formación e investigación, Universidad de Sevilla. Especialista en Derecho Penal, Ciencias Criminológicas y Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Abogada, Universidad Santo Tomás de Bogotá Colombia. Ha sido directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, coordinadora jurídica del área de licitaciones y concursos públicos de la misma Universidad, así como Representante legal suplente jurídica del vicerrector administrativo. También se ha desempeñado como asistente de fiscal, fiscal delegada ante los Jueces Penales Municipales y del Circuito en Bogotá y en Ibagué, Tolima, Colombia. Ha sido docente universitaria de pregrado y posgrado y abogada litigante. Cuenta con diversas publicaciones en temas vinculados con el Derecho Penal, la Justicia Transicional, entre otros.

Para citar este artículo

Reyes Reyes, M. (2018). Desafíos de la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz. *Dos mil tres mil*, 20(1), 87-107. doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/20104>

Hasta la responsabilidad por la cadena de mando como referente jurídico de impacto en la política criminal y el proceso penal, siendo indispensable realizar una delimitación y análisis de cada caso en concreto, para evitar las persecuciones oportunistas. Este artículo busca desarrollar la conceptualización de estos contenidos y su análisis a la hora de ser puestos de presente en la práctica judicial.

Palabras claves: Justicia, Derecho, transicional, penal, *víctimas*.

Abstract

The application of Transitional Justice in Colombia based on the dialogues and peace agreement, develops important elements in relation to the ethics of the conflict, the negotiated solution and the recognition of the victims. These reasonable tools, stealthily framed by the different actors, such as the creation of the Search Unit for Missing Persons, the truth commission and the Special Court for Peace, have led to an initiative of a right-wing government that negotiated with a group of the left, get the best possible agreement, with democratic legitimacy and an attempt to achieve a stable and lasting peace. This year 2017 the legal development of the peace agreement has outlined various legislative acts, multiple laws and regulatory decrees within the Colombian judicial system. There are problems arising from the normative interpretations from the procedure and the test that was developed in a transversal way in the Special Jurisdiction for Peace (JEP) with the condition of the recognition of truth and responsibility (transitory article, paragraph 5 of the legislative act N° 001 of 2017).

Even the responsibility for the chain of command as a legal reference of impact on criminal policy and the criminal process, being essential to make a delimitation and analysis of each case in particular, to avoid opportunistic persecution. This paper seeks to develop the conceptualization of these contents and their analysis at the time of being present in the judicial practice.

Keywords: Justice, Law, Transitional, Criminal, Victims.

Introducción

En la actualidad, la aplicación de la Justicia Transicional en Colombia basada en los diálogos y el acuerdo de paz, suscritos el pasado 24 de agosto de 2016 en La Habana, Cuba, sometidos a votación popular por el Gobierno colombiano el pasado mes de octubre de 2016 y finalmente concretados para su materialización en marzo de 2017, desarrolla elementos importantes en relación con la ética del conflicto, la solución negociada, reconocimiento de las víctimas directas afectadas por las atrocidades realizadas por los victimarios, los distintos niveles de victimización y los efectos indirectos generados por la guerra degradada por décadas.

Todas estas alternativas hicieron acortar el dolor y el sufrimiento asociados a la violencia e intentaron consolidar una legitimación de la democracia bajo una variada discusión política y una visibilidad de las víctimas en la exigencia de sus derechos.

En este desarrollo debemos entender la Justicia Transicional como la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, sirvan a la justicia y logren una reconciliación (Walzer, 2004); tales componentes pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación nacional e internacional, incluyendo el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la reparación colectiva e individual y las garantías de no repetición.

Los procesos de justicia transicional “se encuentran regulados por transformaciones radicales de orden social y político, aplicando el equilibrio de las exigencias contrapuestas de verdad, justicia y paz” (Uprimny Yepes, 2006, p.29). De la misma forma, los elementos que la conforman son los pilares principales en la búsqueda, recuperación y reconstrucción de los países en la etapa de posconflicto.

Personalmente, concibo la Justicia Transicional como un periodo de cambio transitorio que forma una institución jurídica y social e integra

diversos esfuerzos en las sociedades que han sufrido algún periodo de violencia, discriminación, violación de Derechos Humanos e imposición de atrocidades, a fin salir de tal posición para lograr dentro de sus objetivos la construcción de la paz, reconciliación, armonía, bienestar social y consolidación de la democracia.

Para lograr la materialización de este concepto, se debe direccionar su actuar en los pilares fundamentales que la han concebido como principios o derechos (verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición) que envuelve la transición y adquieren importancia porque emergen como límites que deben considerarse en las propuestas políticas de los gobernantes de turno. La garantía de los mismos y la manera cómo se conformarán las experiencias de la memoria histórica, las comisiones de la verdad, la aplicación de programas de reparación integral para las víctimas y el diseño de modelos de justicia, serán los eslabones que construirán la escalera de la paz.

Es por lo anterior que la creación de una estabilidad institucional, busca obtener la solución a los hechos combativos con matices de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. En aras de lograr una reconciliación entre víctimas y victimarios a fin de reducir las brechas de desigualdad social en los contextos económicos y sociales (Regalado de Hurtado, 2007).

Dentro de este contexto se hace necesario direccionar nuestras ideas en la distinción de dos de los principios que envuelven la transición, partiendo de “la verdad como aquel conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos, a partir de la existencia real de los acontecimientos suscitados en el marco del conflicto armado colombiano” (Barreto Ardila, 2009, p.19).

Y la justicia en los procesos transicionales puede ser concebida como la construcción y el fortalecimiento de los escenarios que esclarecen la verdad a partir de las distintas formas de reparación, armonizando las peticiones de las víctimas y la declaratoria de responsabilidad de los agresores, a través de una investigación exhaustiva, oportuna y eficaz en la que se identifican los

hechos, crímenes cometidos, consecuencias sociales y una posible estabilidad en el contexto social (Walzer, 2004).

En este artículo se desarrollará un primer enfoque basado en el derecho a la verdad a partir de su definición, características, clasificación y consecuencias de su aplicación en el contexto de la Jurisdicción Especial para la Paz como forma de materializar la Justicia Transicional en Colombia.

Un segundo referente es el derecho a la Justicia desde su noción, impacto y ejecución de las amnistías y la responsabilidad de mando como sinónimo de impunidad de un país acostumbrado a la lenta y ausente administración de justicia.

El ejercicio de estos derechos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz buscará su armonía en las soluciones jurídicas acertadas, utilizando la experiencia, el conocimiento y la contextualización de los principios que rodean la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición en aras de satisfacer cabalmente los derechos de las víctimas y la paz estable y duradera.

1. Contenido

En el año 2017, se realizó un desarrollo legal del acuerdo de paz esquematizado en diversos actos legislativos, múltiples leyes y decretos reglamentarios que han permitido una revisión del sistema judicial colombiano. En este contexto han existido problemáticas derivadas de las distintas interpretaciones normativas, sintetizadas en varios tópicos.

El primero se concibe desde la perspectiva del derecho a la verdad de manera individual como: “El derecho a saber de las víctimas y de sus familiares, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones” (Bonet Pérez, 2009, p.44). Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido su carácter individual a:

El derecho a la verdad tiene, en esencia, una virtualidad reparadora, en la medida en que surge del deber del Estado de esclarecer los hechos relacionados con toda vulneración de los Derechos Humanos y de juzgar y castigar a los

responsables (artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000, párrafo 201 / Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, párrafo 31).

De la misma forma es la incapacidad de lidiar con lo ocurrido, siendo el origen del daño que padecen las víctimas, el guardar secretos dolorosos que pueden producir la parálisis de la capacidad de amar y actuar de las personas; es por lo anterior que los afectados al tener la posibilidad de contar su versión de los hechos generan empatías con su sufrimiento, respeto como personas, trato con dignidad, que no suelen ocurrir cuando dichas manifestaciones públicas no se han producido (Orentlicher, 2004).

A nivel colectivo es: “El derecho inalienable de toda sociedad, pueblo o comunidad a conocer los acontecimientos, circunstancias y motivos que llevaron a perpetración de los crímenes aberrantes sucedidos” (Gaviria Betancur, 2005, p.48). Este concepto engloba tanto el deber de conocer, como el deber de no olvidar, las causas que ocasionaron la vulneración de los derechos en la sociedad a fin de evitar que las mismas se repitan, mediante una reconstrucción de los hechos que incluyan los testimonios de los directamente afectados y se contribuya con los regentes memorísticos de lo sucedido (Botero & Restrepo, 2006).

Para alcanzar este fin, el Estado se comprometerá en la creación e implementación de medidas tendientes a preservar la memoria colectiva, siendo esta, los recuerdos compartidos, transmitidos y construidos que constituyen el esfuerzo irremediable de los grupos humanos para vincular el pasado con la realidad (Sánchez Gómez, 2012).

Dentro de estos contextos podemos sintetizar que el conocimiento de la verdad sirve para narrar la experiencia trágica y singular dando cuenta de quienes fueron las víctimas, honrando su dignidad e historia. El testimonio de los victimarios orientará los hallazgos y la verificación de los hechos, determinando patrones de sentido, desde lo dicho y lo no manifestado para enriquecer la narración.

Se hace necesario que esta verdad ampliamente conocida y exigida por las víctimas, en el marco de su configuración íntegra, completa y pública, abarque la identidad de quienes participaron en el conflicto, beneficiando con este conocimiento a la sociedad civil, ya que permite el análisis y valoración de los contextos donde ocurrieron los episodios violentos que se pretenden superar (Orentlicher, 2004).

En los procesos de transición, el derecho a la verdad pondrá en marcha las estrategias y medidas eficaces, que permitan a las víctimas y a la sociedad conocer los acontecimientos del pasado, mediante la inclusión de sus protagonistas a fin de guiar el horizonte en la reconstrucción de la paz y la reconciliación por medio de la objetividad de los organismos de decisión política en el ejercicio de la democracia y pacificación de la sociedad (Joinet, 1997).

Por todo lo anterior, un primer componente relacionado con el procedimiento y la prueba que se desarrolló de manera transversal en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es el condicionante del reconocimiento de la verdad y la responsabilidad (artículo transitorio, inciso 5 del Acto Legislativo nº 001 de 2017).

La verdad, es concebida como principio del sistema de justicia integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, siendo un presupuesto determinante en el acceso al tratamiento especial en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y el delineamiento de la idea de justicia, al ser carga compensatoria de las sanciones intramurales.

Se hace necesaria una verdad completa proveniente de los victimarios, siendo indispensable en su materialización con el trabajo arduo, juicioso y concentrado de la sala de reconocimiento de la verdad y responsabilidad encargada de corroborar dichos presupuestos.

Esta sala en la actualidad presenta una competencia insuficiente, porque a la hora de contribuir con este componente requiere de una institucionalización sólida que examine los posibles axiomas en la orientación, descubrimiento

de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y análisis empírico en contexto de casos, a fin de establecer verdades que no se constituyan en apotegmas dominables por intereses políticos e individuales.

Es indispensable en la búsqueda de este objetivo (verdad), que se establezca un conocimiento de los principales mecanismos que sirvan de referente en el proceso penal con la incorporación de los criterios de selección y priorización de casos considerados como la primacía en materia de investigación de hechos macrocriminales a partir de experiencias pasadas (Ley de Justicia y Paz).

Estas estrategias globales de investigación junto a la valoración unificada y contextualizada de procesos con varios victimarios pueden, en principio en el papel, asegurar una participación eficaz de las víctimas por medio de procedimientos ágiles con la aplicación de análisis en contextos, criterios de máximos responsables y caracterización de causas graves y representativas.

La importancia de la verdad radica en creer en el relato que realizarán los responsables; para esto, la víctima como centro de la Jurisdicción Especial para la Paz, se hará importante en el reconocimiento de sus derechos, siendo la verdad uno de ellos, ya que será una especie de espejo que relate lo sucedido en Colombia. Dentro de este contexto, se hace indispensable que los protagonistas de la Justicia Transicional (víctimas, victimarios y sociedad civil), realicen un duelo con el objeto de cicatrizar las heridas, a fin de restablecer sus lazos sociales, la convivencia pacífica, las relaciones interpersonales y la democracia.

Dentro de este hilo conductor, las víctimas en el conocimiento y recuento de la verdad, pueden contrastar los testimonios de los victimarios y si este último expresa verdades a medias o mentiras confundiendo a la autoridad o atribuyendo responsabilidades dispersas sin aterrizar la realidad, tendrá una serie de mecanismos que controlen estas dicotomías presentadas.

Su sanción o castigo será la pérdida de los beneficios judiciales condicionales por la verdad con el aumento del rango de pago de pena privativa de la libertad mayor de 10 o 20 años por el solo hecho de incumplir

la palabra, a fin de asumir las consecuencias de sus actuaciones falaces ante la Jurisdicción Especial.

Las sanciones serán propias, alternativas y ordinarias; las primeras son las que van de 5 a 8 años que tendrán una función restaurativa y reparadora del daño causado, impuesta a todas aquellas personas que aceptan venir a la Jurisdicción Especial para la Paz para reconocer una verdad plena y completa en la asunción de su propia responsabilidad; existirá en igual sentido una sanción de 2 a 5 años destinada aquellos que no hayan tenido una participación determinante en la comisión del delito (Santos Calderón, 2016).

Las sanciones comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos en determinados lugares que establezca la Jurisdicción Especial para la Paz; durante este tiempo de privación de la libertad se adelantarán actividades como sustitución de cultivos ilícitos, erradicación de minas antipersonas, construcción y reparación de infraestructuras de zonas rurales y urbanas.

No existirá una pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario porque la lógica del proceso de Justicia Transicional es la aplicación de medidas especiales que contribuyan en la obtención de las garantías y presupuestos basados en la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Las sanciones alternativas son para aquellos victimarios que reconociendo verdad lo hacen de manera tardía cuando ya se ha iniciado un proceso de orden adversarial, la pena será de ocho años y dependerá su tasación de la forma de participación del victimario en la conducta punible que se investiga, en este contexto, la sanción es de carácter retributivo con elementos de privación de la libertad (Santos Calderón, 2016).

Las ordinarias son para aquellos investigados que aceptando venir a la Jurisdicción, sin reconocimiento de verdad ni responsabilidad, sometidos a juicio con catálogo de penas privativas de la libertad de 15 a 20 años.

La puesta en marcha de esta Jurisdicción (JEP), debe aprender y conocer las experiencias del pasado aplicadas en los pormenores de la Ley de Justicia y Paz. Allí existió una colaboración e intento de contar la verdad por un gran número exparamilitares que había cumplido una condena alternativa en diferentes establecimientos carcelarios nacionales, quienes posteriormente fueron beneficiados con libertades masivas, legitimándose con la creación de las bandas criminales emergentes en las grandes ciudades de Colombia (Rabasa & Chalk, 2003).

Para esta fecha, se realizaron 400 000 horas de testimonios en audiencias de versión libre, se reconocieron a 77 000 víctimas en los distintos procesos en todo el país, se confesaron 43 000 delitos y se exhumaron 4000 víctimas desaparecidas para que sus cuerpos fueran entregados a sus familiares y se acompañara en el dolor que generaba la ausencia (Sánchez Gómez, 2013).

Pese a lo anterior, en la actualidad no se ha podido identificar a los máximos responsables de este fenómeno, porque la mayoría de beneficiarios de la Ley fueron escogidos por el gobierno de turno para ser investigados, dejando maniatados a las autoridades jurisdiccionales en el esclarecimiento de los hechos, la obtención de penas ejemplarizantes y la sanción a los violadores masivos de los Derechos Humanos.

Una de las soluciones que se propuso para efectos de solucionar esta dicotomía, es la creación de mecanismos judiciales de justicia, basados en el establecimiento de criterios de priorización y selección de casos, suspensión de la ejecución de la sanción y renuncia a la persecución penal para hechos no seleccionados; atendiendo a ello, se promulgó el Acto Legislativo n.º 01 de 2012, por medio del cual se instituyen los instrumentos jurídicos de Justicia Transicional, creando un artículo transitorio en la Constitución Nacional, que se aplicara de manera excepcional a fin de llevar a cabo una terminación del conflicto (artículo 1, Acto Legislativo n.º 01 de 2012).

La priorización contendrá una técnica de gestión, una investigación penal que permita establecer un orden de atención entre los reclamos de las víctimas relacionados con la justicia; para ello, contará con un precepto

geográfico, político, económico, histórico y social en el cual se ha perpetrado la acción por parte del victimario, conociendo las estrategias de organización delictiva, su dinámica, aspectos logísticos y de funcionamiento (Montealegre Lynett, 2015).

Estos contextos dentro del su marco de acción permitirán conocer la verdad de lo sucedido, evitar la repetición de los actos atroces, establecer la estructura de la organización a la que pertenecía el victimario, determinar en la mayoría de las ocasiones el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores.

Una de las justificaciones para adoptar la aplicación de dichos criterios, es el impacto externo e interno de las estrategias que generaron la violencia, el contexto y gravedad del hecho atroz cometido y la identificación de los máximos responsables. Es por esto que esta política centra sus objetivos inmediatos en lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, protección de los derechos de las víctimas y la aplicación de la justicia por medio de mecanismos expeditos de investigación, enjuiciamiento y castigo (Ambos & Zuluaga, 2014).

El segundo componente se enfoca en el principio de Justicia, que encuentra su inmersión en el conjunto de disposiciones jurídicas codificadas que permiten interactuar, autorizar o prohibir ciertos comportamientos grupales o individuales, a fin de lograr una convivencia pacífica entre un conglomerado de personas en una comunidad. Esta significancia tendrá en cuenta a la sociedad, la época en que la misma se desarrolle y sus fundamentos pueden servir para que las personas delimiten su querer, actuar o saber en el conocimiento de lo bueno, malo, justo o injusto (Pieper, 2003).

Su noción sustantiva, es determinada con la afirmación y regulación de las normas que engloban su contenido en una capacidad para lograr un mejor bienestar social, incluyendo un catálogo concreto de derechos y deberes que mantienen un equilibrio en los grupos sociales, individuos y familias en general, en el marco de una confianza cívica y aplicación del sistema judicial que permita solucionar los conflictos existentes (Hatzfeld, 2004). Por medio de esta interpretación:

Se logrará la imposición de penas adecuadas, proporcionales y detalladas a los responsables, de acuerdo a la gravedad del delito, las circunstancias individuales y sociales del procesado, los atenuantes y agravantes, verificando el comportamiento y colaboración efectiva en la investigación, el proceso, la reconstrucción de los hechos y la reparación de las víctimas. (Cortés Rodas, 2006, p. 85)

La amnistía puede considerarse como una disposición complementaria que atenúe el estado de guerra interior o el conflicto interno, pero no debe ser un festín de privilegios impuestos a los perpetradores de tales comportamientos, ya que cada Estado que decida aplicar la Justicia Transicional en su territorio debe respetar y cumplir los tratados internacionales por ellos suscritos, evitando interpretaciones amañadas que convaliden medidas internas violatorias de los mismos (Subijana Zunzunegui, 2006).

Así mismo, cada país que conoce a cabalidad las herramientas jurídicas que enmarcan el camino por la Justicia Transicional, procurará de manera inicial la aplicación de una efectiva o alternativa sanción traducida en penas privativas de libertad a todos aquellos que hayan vulnerado con su comportamiento los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario, a fin de no sobrepasar los límites de amnistías o indultos a través de la condonación y extinción de penas que finalmente ocasionaría desconfianza en la sociedad, desosiego en las víctimas y grandes niveles de impunidad (Uribe de Hincapié, 2006).

Los Estados solo pueden conceder amnistías e indultos por delitos políticos o delitos comunes conexos con estos, esta alianza debe implicar una relación estrecha y directa entre ambas clases de delitos y bajo ninguna circunstancia, los delitos comunes objeto de una amnistía pueden constituir delitos graves conforme al Derecho Internacional o graves violaciones de los Derechos Humanos (Uribe de Hincapié, 2006).

Es por ello que la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia concede las amnistías solo para los delitos políticos, pero queda en deuda

la definición de delitos conexos al político porque en la actualidad no existe una delimitación de esta concesión en la normatividad colombiana. Para ello, lo que se busca es que la Jurisdicción Especial realice un análisis de los casos que lleguen a su conocimiento y pueda delimitar el campo de acción de dichas conexidades.

Bajo el mismo derrotero, se encuentra relacionada la responsabilidad por la cadena de mando, al ser un referente jurídico de impacto en la política criminal y el proceso penal, ya que el mismo establece las relaciones de mando y jerarquía al interior de un grupo armado y la comprensión de su actuar, con pautas de responsabilidad fijas orientadas hacia la persecución de estas personas como máximos responsables; para ello, se hace indispensable realizar una delimitación y análisis de cada caso en concreto, para evitar las persecuciones oportunistas.

Siendo importante dentro de este ámbito la investigación en un criterio ascendente que permita incluir no solo al que ha participado en una decisión importante en el delito, sino a todas aquellas personas que hayan manejado canales de responsabilidad superior o dominio de los aparatos organizados de poder (Sentencia C- 579 de 2013).

Es indispensable establecer un concepto de máximo responsable, relacionado con la doble imputación que implica todo el contexto de crimen internacional frente a un determinado tipo de conductas que investigan el hecho individual y colectivo; esta estrategia servirá para seleccionar a los destinatarios de las investigaciones y juicios penales; para ello, “el marco jurídico para la paz propone como iniciativa el juzgamiento obligatorio de los victimarios que cumplan esta característica y para aquellos que sean autores materiales de los comportamientos violentos” (Suárez & Velasco, 2016, p.261).

Vale la pena, dentro de este hilo conductor, traer como referente internacional la condena de Alberto Fujimori, siendo la primera decisión judicial que acusa a un expresidente como *autor mediato por dominio de la voluntad sobre aparatos organizados de poder* (la conocida construcción

teórica de Roxin), aplicando las categorías del Derecho Penal con tintes criminales, debido a la ejecución masiva y sistemática dentro de la configuración de delitos internacionales.

Para ello, la eliminación de los grupos subversivos era la tarea del Ejército y de los servicios de inteligencia, que bajo la supervisión del presidente se ocupa de la selección del objetivo, concretando la ejecución de sus operaciones en manos del grupo paramilitar Colina, que posteriormente fue responsable de los hechos atroces presentados en Barrios Altos y Cantuta (Maculan, 2012). En este caso en concreto realizado por el expresidente:

Se presentó el dominio funcional del hecho (masacres y ejecuciones a la población indígena) sobre el aparato de poder, traducido en las fuerzas militares, desplegada con mayor responsabilidad en aquellos que ocupaban la cúspide de la organización basada en estructuras jerárquicas y rígidas, mediante una ejecución de mando con la capacidad de impartir órdenes y asignar roles, en el marco de la perpetuación de conductas criminales sistemáticas y su correspondencia en la comisión de dichos comportamientos punibles en nombre de la organización a la que pertenecían (Ambos, 2011, p.2).

En cuanto a la ejecución de la condena impuesta por el máximo Tribunal de la Justicia del Perú a Fujimori, se observó un proceso de limbo jurídico en las extradiciones solicitadas de manera inicial al Japón, que protegía su dignidad e integridad y posteriormente a Chile, que al principio rehusó la solicitud incoada por el Estado peruano para esta época.

Finalmente, se materializó la sentencia a 25 años de cárcel por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro agravado, siendo el primer antecedente judicial en el ámbito mundial de juzgamiento de un expresidente por crímenes en los que se vulneraron ostensiblemente los Derechos Humanos.

Bajo este derrotero, la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional estableció una definición confusa del término de máximo responsable, al no

definir concretamente su campo de acción o delimitación de su aplicación en situaciones indeterminadas.

Dentro de este concepto se encuentran las personas con mayor jerarquía o poder de mando y los jefes máximos de la organización o institución, siendo estos el secretariado del grupo guerrillero por hechos como el uso de minas antipersonas que constituyen una de las estrategias de guerra para alejar o masacrar al enemigo. Así mismo, los mandos medios que participaron en actividades de homicidio o porte de armas o secuestros en contra de civiles inocentes (Cote Barco & Tarapués Sandino, 2014).

Para mi criterio y acogiendo una interpretación del concepto de máximos responsables, sería el mayor número de casos que deben ser investigados por la Jurisdicción Especial para la Paz, ya que la definición de máximos responsables constituiría el cumplimiento de un papel esencial sin ser necesario delimitarlo al jefe del grupo o bloque.

Estos componentes meramente referidos, sumados a las amnistías, los indultos, la participación de las víctimas, la reincorporación de los combatientes y las distintas alternativas al Derecho Penal son desenlaces derivados del intento en terminar el conflicto armado, que al no contar con un manejo adecuado, claro, coherente y articulado ocasionarían vacíos jurídicos en un segundo intento de aplicación de los pormenores parciales que abarcan la Justicia Transicional en Colombia.

Siendo importante que las sentencias que van a empezar a estructurarse en la Jurisdicción Especial para la Paz se basen en la verdad de las víctimas reconocida por los victimarios mediante una exposición detallada de los delitos ejecutados, para efectos de lograr una aplicación restrictiva de la libertad en cumplimiento a los mecanismos de reparación y restauración de los más afectados (De Roux, 2018).

En cuanto a los máximos responsables, se espera un enfoque y análisis detallado en cada caso en concreto que conduzca al direccionamiento de responsabilidades y obtención de justicia, a fin de superar el miedo de impunidad que enmarca la memoria de la mayoría de los colombianos.

En este mismo contexto, vemos que el campo de acción de la Jurisdicción Especial para la Paz, no se basa en el castigo o pérdida de libertad del victimario en un establecimiento carcelario. Lo que se busca es la restauración de los derechos de las víctimas, la búsqueda y articulación de una estructura proactiva en la que todos los protagonistas de la Justicia Transicional direccionen el timón en la obtención de la paz y en el cambio de las ideologías de guerra y la ausencia de impunidad.

Dentro de este mismo derrotero, se hace importante la función que va a desempeñar la Comisión de la Verdad, establecida en el acuerdo de paz:

Como forma de obtención de una verdad humana, que no condena a nadie, que observa una explicación total de los posibles hechos atroces, las intenciones y responsabilidades para conseguir un encuentro interior de lo que somos como personas mediante la serenidad de los corazones de las víctimas y la oscuridad de los victimarios. (De Roux, 2018, p.196)

Precisamente, esta institución extrajudicial buscará una movilización nacional que recoja el sufrimiento, la indignación de las víctimas, para saber a ciencia cierta lo que pasó, con responsabilidades morales, sociales, en la obtención de una reconciliación nacional que cimiente un presente y observe un futuro con esperanza para toda Colombia.

Siendo importante considerar el posconflicto como una oportunidad excepcional de cambio social, cultural, político, económico, social y ambiental que nos ofrece la historia para corregir en forma pacífica los grandes defectos y fallas extremas que la sociedad colombiana acumula con el transcurrir del tiempo (Morales Nieto, 2015).

Al definir el posconflicto encontramos que no existe una respuesta única y dependerá su concepción de la percepción del ciudadano acerca de la violencia, la solución traducida en los acuerdos de paz firmados entre el Gobierno nacional y la guerrilla y la forma de percepción del futuro en el ejercicio de la democracia y la obtención de la paz.

La razón de ser de estos planteamientos, es que los colombianos entendemos el legado nefasto y tenebroso que nos ha dejado la violencia sistemática y secular en nuestra mente, sistema de valores y comportamientos ciudadanos y se opte por una reconciliación y transición hacia la paz con la incursión de políticas sociales que ayuden a las víctimas en la consecución de un adecuado estado de bienestar.

En la actualidad, los diálogos de paz, el posterior acuerdo y su puesta en escena con la incursión de la Jurisdicción Especial para la Paz, ha hecho que elementos importantes como la ética del conflicto, la solución negociada, reconocimiento de las víctimas directas e indirectas afectadas por las atrocidades realizadas por los victimarios, los distintos niveles de victimización y los efectos generados por la guerra degradada por décadas, busquen acortar el dolor y el sufrimiento asociado a la violencia, consolidando una legitimación de la democracia, basada en una variada discusión política y una gran visibilidad de los más afectados en la exigencia de sus derechos.

Todo este análisis construye herramientas razonables enmarcadas con sigilo por los distintos protagonistas en la construcción de las causas del conflicto, su impacto, los efectos neutralizadores desde perspectivas comprensivas, finitas y limitadas.

Es por todo lo anterior que las víctimas, dentro de estos rumbos, constituyen el centro de atención, con la materialización de las políticas de desarrollo rural, el aumento y participación en entornos democráticos y la expresión de sus sentimientos ante estas iniciativas que enfrentaron los problemas estructurales ubicados en las raíces y dinamización del conflicto armado colombiano.

Conclusiones

En relación a la *verdad*, se hace importante la construcción de una memoria colectiva, que revise lo acontecido y aleje la ignominia en la que hemos vivido durante mucho tiempo. Para esto, se hace importante recordar y no olvidar el pasado en aras de permitir y promover acciones reivindicativas por parte de la sociedad y el Estado.

Esta clase de Jurisdicción Especial le apuesta a una ideología de no impunidad, con el capítulo de sanciones que están establecidas en la normatividad y que busquen superar los odios que ha tenido la sociedad y la efectividad de los derechos de las víctimas con su reparación.

El derecho a la Justicia y los criterios de priorización y selección de casos constituirán instrumentos que enmarcan el contexto de la Justicia Transicional en Colombia, sin perjuicio del deber que tiene el Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; para ello, centrará sus esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

La Justicia Transicional y el elemento de justicia buscan un compromiso con la sociedad y el Estado colombiano en la adopción de las medidas que combatan la impunidad dentro del territorio colombiano; sin embargo, aquellas derivadas de una transición democrática hacia la paz pueden dar lugar al relajamiento de la obligación estatal de procesar y sancionar legalmente a quienes cometieron violaciones de los Derechos Humanos. Es por esto que figuras como la amnistía o el indulto constituyen opciones validas dentro de las negociaciones que se lleven a cabo con aquellos que quieran entablar un proceso de paz.

El Estado colombiano se encuentra en la obligación de investigar a todos y cada uno de los considerados máximos responsables, como aquellos victimarios que hayan dirigido o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; así como los que ordenaron la ejecución de los distintos delitos por medio de la materialización de conductas a través de las cuales se financie el narcotráfico.

Es en este contexto que la responsabilidad recaerá finalmente en el jefe máximo de la organización o sobre la persona con mayor jerarquía o poder (mandos medios) que dentro de su contexto participe de manera esencial en la ejecución y materialización de su comportamiento delictivo.

Por lo anterior, el desafío de esta clase especial de Jurisdicción es precisamente el cuidado que deben tener sus magistrados y todo su grupo jurídico en las interpretaciones constitucionales y legales confusas que darán una mayor labor de análisis y detalle a la hora de delimitar el concepto de máximos responsables, bien como aquellas personas en las que recae la dirección o tenencia del control, a los determinadores o autores con criterios de dominio de hechos o situaciones analizadas a la luz de la dogmática penal.

Para finalizar, la estrategia de posconflicto busca curar un cuerpo social afectado por una enfermedad grave traducida en guerra, que requiere reconstrucción del tejido y de las heridas ocasionadas en el pasado. Para ello, el perdón, tratamiento de las víctimas y seguimiento de todas las instituciones, lograrán una efectiva armonización de la paz y democracia deseada durante años por la sociedad colombiana.

Referencias

- Ambos, K. & Zuluaga, J. (2014). Justicia de transición y constitución a manera de introducción, en Kai Ambos (coord.), *Justicia de Transición y Constitución, análisis de la Sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis
- Ambos, K. (2011). Sobre la “Organización” en el dominio de la organización, en Jesús María Silva Sánchez (dir.). *Revista para el análisis del derecho (Indret)*. N° 3, Barcelona, España, p.1-25. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/839.pdf>
- Barreto Ardila, H. (2009). Las víctimas en el proceso de justicia y paz. Carácter simbólico de la verdad, la justicia y la reparación en la transición hacia la convivencia tolerante. En *Memorias de las XXXI Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia., p.17-36.
- Bonet Pérez, J. (2009). La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional. En Jordi Bonet Pérez & Rosa Ana Alija Fernández (edits.), *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*. Bilbao, España: Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos. N° 53, Universidad de Deusto, p.15-92. Recuperado de <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho53.pdf>
- Botero Marino, C. (2005). Estándares internacionales y proceso de transición en Colombia. En Rettberg, A. (comp.), *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y respuestas de la justicia transicional*. Bogotá, Colombia: Publicaciones del Centro Internacional para la Justicia Transicional / Universidad de los Andes, p. 45-108. Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/LIBRO%20J.TRANS..pdf>

- Cortés Rodas, F. (2006). Entre el perdón y la justicia. Reflexiones en torno a los límites y contradicciones de la justicia transicional, en Camila De Gamboa Tapias (edit.), *Justicia Transicional: Teoría y praxis*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, p.85-112.
- Cote Barco, G. E. & Tarapués Sandino, D. F. (2014). El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013. En Kai Ambos (coord.), *Justicia de transición y constitución, análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Colombia: Editorial Temis, p.197-273.
- De Roux, F. (2018). *La audacia de la paz imperfecta*. Bogotá, Colombia: Editorial Ariel.
- Gaviria Betancur, P. (2005). El derecho a la verdad. En *Los derechos de las víctimas en los procesos de Justicia Transicional. Justicia, verdad y reparación*. Bogotá, Colombia: Fundación Social, Asesoría de Derechos Humanos y Paz y Programa de Derechos Humanos de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, p.41-63.
- Hatzfeld, J. (2004). *Una temporada de machetes*. Barcelona, España: Editorial Anagrama.
- Joinet, L. (1997). *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y políticos)*. Resolución 1996/119 de la subcomisión, Comisión de Derechos Humanos, 49 periodos de sesiones. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, octubre 2 de 1997. Párrafo19, p.69-104. Recuperado de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf.
- Maculan, E. (2012). La respuesta de las graves violaciones de Derechos Humanos entre derecho penal e internacional. Observaciones sobre el caso de Fujimori. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, p.5-32. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-05.pdf>
- Montealegre Lynett, E. (2015, agosto). *Componentes básicos de la política de priorización*. Cartilla Número 01. Bogotá: Colombia: Ediciones Fiscalía General de la Nación. Recuperado de https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/CHP_Cartilla1_AF_Digital.pdf
- Montealegre Lynett, E. (2015, agosto). *Priorización intra e interdependencias*. Cartilla Número 02. Bogotá, Colombia: Ediciones Fiscalía General de la Nación. Recuperado de https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/CHP_Cartilla2_AF_Digital1.pdf
- Morales Nieto, J. (2015) ¿Qué es el postconflicto? Colombia después de la guerra. Bogotá, Colombia: Ediciones B. Grupo Z.
- Orentlicher, D. (2004). *Estudio independiente con inclusión de recomendaciones, sobre las mejoras prácticas, para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*. Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/88.27 de febrero de 2004, párrafo11, p.111-142. Recuperado de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf
- Pieper, J. (2003). *Las virtudes fundamentales*. Madrid, España: Ediciones Rialp.
- Rabasa, A. & Chalk, P. (2003). *El laberinto colombiano: Propuestas para la resolución del conflicto*. Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.

- Regalado de Hurtado, L. (2007). *Estudios sobre historia, memoria y pasado reciente*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Reyes Alvarado, Y. (2018). Presentación. En Reyes Alvarado, Y. (edit.) *¿Es injusta la Justicia Transicional?* Bogotá, Colombia: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez Gómez, G. (2013). Memorias: La voz de los sobrevivientes, en Sánchez Gómez G. (coord.) *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá, Colombia: Informe General del Grupo de Memoria Histórica, Imprenta Nacional, p.328-387. Recuperado de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>
- Sánchez Gómez, G. (2012). *Justicia y paz. ¿Verdad judicial o Verdad histórica?* Bogotá: Colombia: Taurus Pensamiento, Centro de Memoria Histórica & Revista semana. Recuperado de http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2012/verdad_judicial_verdad_historica.pdf
- Santos Calderón, J. M. & Jiménez, T. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79893>
- Sentencia C-579 (2013). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Suárez, E. & Velasco, E. (2016). Máximos responsables. En Bernal Pulido, C., Barbosa Castillo, G. & Ciro Gómez, A. R. (edits.). *Justicia Transicional: Verdad y responsabilidad*. Vol. 4. Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia, p. 173-273.
- Subijana Zunzunegui, I. J. (2006). *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Granada, España: Comares.
- Uprimny Yepes, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: Procesos transicionales, formas de Justicia Transicional y el caso colombiano. En Uprimny Yepes, R. (Ed.), *¿Justicia Transicional sin transición?, Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, p.16-42. Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/LIBRO%20J.TRANS..pdf>
- Uribe De Hincapié, M. T. (2006). Esclarecimiento histórico y verdad jurídica: Notas introductorias sobre el uso de la verdad. En De Gamboa Tapias, C. (edit.), *Justicia Transicional: Teoría y praxis*, Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad del Rosario, p.324-344.
- Walzer, M. (2004). *Reflexiones sobre la guerra*. Barcelona, España: Ediciones Paidós.

El principio de la buena fe y dineros pagados en exceso por la Administración Estatal: Un análisis de las sentencias del Consejo de Estado¹

Esperanza Castillo Yara*

Recepción: 04/02/2018 • Aprobación: 28/09/2018 • Publicación: 19/12/2018

Resumen

En el presente artículo se expondrán los criterios que han sido desarrollados en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en torno a la no devolución de dinero que fue pagado en exceso por parte de la Administración Estatal; en este se describe cómo opera el Principio General del Derecho de la buena fe; para tal fin se realizó un estudio de las sentencias que este alto Tribunal ha proferido en los últimos diez años; es decir, en el periodo comprendido entre el año 2007 y 2017, lapso en el que han proliferado decisiones judiciales que resuelven este tipo de pretensiones alzadas por las entidades estatales, específicamente al ser incoado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual ha sido denominado por varios autores como *acción de lesividad*.

El efecto en el patrimonio del Estado no es tenido en cuenta en las decisiones judiciales, dado que existe un enriquecimiento y un correlativo empobrecimiento del tesoro público, siendo sin más la causa, el error de la Administración al reconocer y entregar dinero adicional a los particulares; en todo caso, no puede aceptarse la aplicación de la presunción de buena fe cuando se ha obtenido lucro a través de una acción reprochable; sin embargo, para que el juez contencioso ordene devolver sumas de dinero por parte de los particulares, prima el aspecto subjetivo con el cual actuó el particular para recibir esos beneficios económicos.

¹ Artículo de reflexión.

* Abogada de la Universidad del Tolima, docente tiempo completo de la Universidad de Ibagué y miembro del Grupo de Investigación Zoon Politikon de la misma Universidad. Magíster en Educación de la Universidad del Tolima. Correo electrónico: esperanza.castillo@unibague.edu.co

Para citar este artículo

Castillo Yara, E. (2018). El principio de la buena fe y dineros pagados en exceso por la Administración Estatal: Un análisis de las sentencias del Consejo de Estado. *Dos mil tres mil*, 20(1), 109-133. doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/20105>

Palabras claves: Buena fe, prestaciones periódicas, dineros pagados en exceso, Jurisprudencia Consejo de Estado, enriquecimiento sin causa.

Abstract

In the following article will be presented the criteria that have been developed in Colombian Council of State Jurisprudence around the non-refoulement of money that was paid in excess by the Administration State, also it describe how the Good faith general principle of law operates; for that aimit was made a study about sentences that this High Court has pronounced in the last ten years, it means that this includes the period between 2007 and 2017, term in which have many judicial decisions that solves this type of claims raised by the State entities, specifically to be initiated annulment and re-establishment of the right claim, which it has been call by some authors as a *detrimental action*. The effect on the State patrimony is not take into account in judicial decisions, since there is an enrichment and correlative impoverishment of the public Treasury, being cause for the Administration mistakes to recognize and give extra money to individuals. In any case, the application of the presumption of good faith cannot be accepted when the profit was obtained through anillegal action, however, to order to return the money gived to individuals by the Contentious Court, prevails the subjective aspect with which the particular acted to receive those economic benefits.

Keywords: Good faith. Periodic benefits, Excess money paid, Colombian Council of State Jurisprudence, The principle of unjust enrichment.

Introducción

Conforme a la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa colombiana, la devolución de las sumas de dinero que la administración haya pagado de más, que se discuten en los Medios de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, solo pueden ordenarse siempre que se haya demostrado en el proceso judicial, por parte de la Administración, que la persona que recibió los dineros se valió de medios ilegales en detrimento de la primera, con el fin

de obtener la expedición de los actos administrativos que reconocen las sumas de dinero; sin embargo, causa contrariedad cómo los dineros públicos que erróneamente son entregados, no son recuperados, dado que disposiciones normativas del ordenamiento Contencioso Administrativo consagran la no recuperación de las mismas en determinados casos; el numeral 2.º del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 disponía:

La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. **Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe** [Negrilla fuera de texto]. (Numeral 2.º, artículo 136, Decreto 01 de 1984)

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, en el literal C, numeral 1.º del artículo 164, frente a la oportunidad de presentar la demanda, establece que cuando se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

En este sentido, podría pensarse en otro medio de control como lo es la Acción de repetición, pero tampoco resulta ser la salida idónea para la recuperación de tales dineros, dado que para que prospere, la Ley y la Jurisprudencia han definido los alcances y propósitos de dicha acción, destacando como lo ha hecho el Consejo de Estado en la Sección Tercera en Sentencia del 27 de agosto de 2015, los elementos necesarios y concurrentes para la declaratoria de repetición, entre otros: “Probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto”. Por lo cual, de este

elemento objetivo se carece, en tanto, la suma de dinero que salió de las arcas estatales en los casos observados en la investigación, derivan del error mismo de la misma Administración.

En la investigación se destacan los puntos diversos y los aspectos que tienen en común las sentencias del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, respecto de la devolución de las sumas de dinero que la Administración haya pagado de más, en las que se torna punto fundamental el principio de la buena fe; se hace notar que la interpretación frente a este principio se le reconoce en su mayoría la misma naturaleza jurídica que en la Ley civil y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y se reseñan los criterios propios que han ido consolidándose en los casos concretos y que en ningún caso se han abordado en conjunto con el principio general del derecho de enriquecimiento sin causa, como sí se es procurado en las acciones *in rem verso* que adelantan las entidades financieras cuando por su propio error depositan dinero que no corresponde a las cuentas bancarias de determinadas personas, sin que medie una justa causa.

Para indagar estos aspectos, se realizó una revisión jurisprudencial y doctrinal sobre el principio de la buena fe, a fin de comprender las consideraciones de la Alta Corporación cuando dentro de las solicitudes de las entidades demandantes, se pretende la devolución de sumas de dinero que no debieron recibirse. Se estableció como objetivo exponer los criterios que sobre el principio de buena fe es aplicado en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el marco de las prestaciones periódicas pagadas en exceso por la Administración. Con el propósito de lograr el objetivo antes mencionado, se propuso la consecución de los siguientes: 1) Analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina en relación con el principio de la buena fe. 2) Destacar las sentencias más significativas al respecto que fueron proferidas en los últimos diez años, dado que sobre el tema se incrementó el número de decisiones desde al año 2007 hasta la actualidad, muchas de ellas producto de las decisiones del Consejo de Estado sobre las asignaciones salariales creadas a partir del Acto Legislativo 01 de 1968 por

las autoridades territoriales que resultan contrarias al ordenamiento jurídico y que luego de surtir el parsimonioso proceso judicial, finalmente fueron resueltas en segunda instancia por el Alto Tribunal en estas fechas. 3) Señalar los criterios que en materia de devolución de sumas de dinero pagadas en exceso son sostenidas en la jurisdicción contenciosa administrativa.

1. El principio de la buena fe

La Constitución Política colombiana en el artículo 83 establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

Examinando más allá los fines por los cuales se propuso tal disposición, se encuentra que en la ponencia presentada a la Asamblea Nacional Constituyente sobre el artículo 83, los ponentes razonaron que la norma tiene dos elementos fundamentales a saber:

Primero: que se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo, ante una limitante de los excesos y la desviación del poder.

Segundo: se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio que parecería ser de la esencia del derecho en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger. (Gómez & Esguerra, 1991, p.3)

Por lo tanto, se predicó y se esperó que con la llegada de los nuevos lineamientos del Estado, las actuaciones de administrados y Estado correspondieran a comportamientos excelsos, creando un clima de confianza de las actuaciones, de ahí que de entrada se presuma la buena fe, y deba demostrarse las irregularidades que configuran la mala fe por quien la alega.

Adicionalmente, al abordar este principio necesariamente se debe abordar la legislación civil, dado que las grandes construcciones jurisprudenciales al respecto se originaron de la función esencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como bien sostiene Monroy Cabra (2015), como quiera que debía unificar las diversas interpretaciones que se hacen del Código Civil por los distintos tribunales del país. Conforme al extracto de Valencia Zea (como se citó en Monroy, 2015), dentro de las principales construcciones jurisprudenciales se encuentra la teoría de apariencia de derechos y sobre el principio de la buena fe, especialmente de la buena fe exenta de culpa (*error communis facitius*). Las sentencias del 20 de mayo de 1936 y del 23 de junio de 1958 constituyen valiosos aportes de la jurisprudencia colombiana, ya que dichas sentencias, en las más modernas doctrinas, hacen una coordinación total de los principales artículos del Código Civil que tratan de la buena fe (p. 276).

Constituye la naturaleza de este, un principio general del Derecho, y sobre el mismo han sido amplias las discusiones. Neme (2010) presenta toda una disertación exponiéndolo como derecho natural, norma general y como principio del derecho romano. Sin embargo, no existe un concepto claro de aquello que se entiende por buena fe.

Troncoso (2015) manifiesta que comúnmente se acude al concepto contrario, es decir, la mala fe, entendiendo por ella, el obtener beneficios o ventajas contrariando los usos sociales y las buenas costumbres. Distingue además entre: buena fe simple, equivalente a la exigencia de una conciencia recta, honesta, pero que no exige una especial conducta. Es decir, la exigida normalmente en los negocios. La buena fe calificada o exenta de culpa, cuando no basta esta simple conciencia de obrar correctamente, sino que

exige dos elementos: uno subjetivo, referente a la conciencia de que se obra con lealtad y uno objetivo, relativo a la seguridad de que se trata con el titular de un derecho.

2. Criterios sobre el Principio de Buena fe en la Jurisprudencia del Consejo de Estado en procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que pretenden la devolución de dineros pagados en exceso

A continuación se presentan los criterios contenidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado de carácter general y amplio, y conforme las decisiones de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, toda vez que el Reglamento Interno de la Corporación y posteriormente la Ley 1437 de 2011, en su artículo 110, atribuyó a esta sección entre otras funciones, la de conocer de los procesos de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre asuntos laborales, por lo cual es allí que se discuten los asuntos de interés para la investigación; recorriendo los fallos que resolvieron conflictos jurídicos en torno al tema, incluso con anterioridad a tal norma, se encuentran algunas sentencias fundamentales, pero ninguna de ellas recoge de manera precisa criterios estrictos, sino que estos son develados al ser leídos de forma articulada y por ende como partes de un todo, con las sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, a las que acude con frecuencia el Consejo de Estado para fundar sus decisiones en torno al principio de la buena fe. La esencia del principio, en tanto su carácter amplio y general, se ve concretado en cada caso particular en el cual se emplea.

En el primer año estudiado, se encontró la Sentencia de 16 de noviembre de 2007, cuya decisión presenta un recuento normativo, siendo quizás la Sentencia más significativa, ya que las decisiones posteriores reiteran muchos de los asuntos puntualizados en esta. Así hace alusión a la Constitución de 1991, al elevarse a rango constitucional el principio de buena fe, en el artículo 83.

Como se mencionó en líneas atrás, la legislación civil había puesto la base o sustento al respecto, por ello fue abordado el artículo 768 del Código Civil, el cual prescribe:

La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.

Así, en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario. (Artículo 768 del Código Civil)

Así mismo, el artículo 769 *ibídem*, prevé: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”. En todos los otros, la mala fe deberá probarse.

Sobre la forma de desvirtuar la presunción de la buena fe, el Consejo de Estado acudió a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 7 de diciembre de 1962, que había precisado lo siguiente:

Si la buena fe consiste en la conciencia, no hay duda de que es factor subjetivo, estrictamente moral, del fuero interno, que concierne al sujeto exclusivamente, porque, en primer lugar, la ley carece de instrumentos experimentales para precisar de manera directa esa situación psicológica positiva del poseedor, y en segundo lugar, una norma de organización ética universal, punto de partida de los ordenamientos positivos, manda que no se juzgue de los actos humanos sino partiendo de un principio de rectitud, ya que de otro modo no podría imprimirse orden a la vida de los hombres en sociedad, **lo cual expresa, por una parte, la magnitud de la presunción que de tal modo preside las relaciones jurídicas; por otra, que el desvirtuarla no compete a la ley sino al hombre, y en fin, que esta tarea requiere una demostración suficiente de**

mala fe que aniquile la presunción, pues no puede con pruebas a medias destruirse esa base social de trascendente finalidad.

La mala fe debe resultar, por tanto, de hechos a los cuales la ley ha asignado, unas veces, el papel comprobativo de tal estado, o del juez, en las más, al reconocer con base en hechos inequívocos que a su juicio son contrarios a la buena fe propuesta por la ley... [Negrilla de la Sala]. (Sentencia 1962, diciembre 7. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia)

En este orden de ideas, el principio de la buena fe como principio constitucional, constituye un componente esencial en la formación de las relaciones entre particulares y entre estos y el Estado, que goza de presunción de legalidad; así las cosas, la mala fe debe ser cabalmente probada.

Así mismo, el Código Contencioso Administrativo establece en el artículo 136 numeral 2.º, el término de caducidad de las acciones contencioso administrativas y consagra igualmente la exoneración que opera en relación con el tercero que ha recibido prestaciones de buena fe, que se convirtió en lo sucesivo en el fundamento de las sentencias con motivo de la devolución de prestaciones pagadas en exceso por la Administración.

En el año 2008 fueron proferidas por el Consejo de Estado tres sentencias de segunda instancia, relacionadas con el reconocimiento y pago pensional a favor del personal administrativo de una universidad, pese a la disposición contenida en la Constitución Política del año 1886 y del artículo 150 numeral 19 literal e, de la expedida en el año 1991, a cuyo tenor las entidades territoriales pueden fijar regímenes especiales para la concesión de las pensiones de jubilación e invalidez de los servidores públicos, pero no los Consejos Directivos y Superiores de una universidad, como ocurrió fácticamente en estos procesos.

La Sección advirtió en los tres casos estudiados que, en relación al principio de la buena fe, debía remitirse a la Corte Constitucional que ya en distintas sentencias había abordado el tema, como fueron las Sentencia C-31 de 2004 y C-836 de 2001; no obstante, fue enfática en indicar que la

notificación del auto admisorio de la demanda e incluso el conocimiento de la suspensión de los actos administrativos, no implica para la Administración el derecho a obtener la recuperación de lo pagado al demandado desde este momento y hasta cuando se profiera sentencia, por cuanto es el mismo proceso contencioso la instancia adecuada para demostrar que el favorecido con los reconocimientos no adecuó su actuación a los postulados de buena fe y que transgredió el amparo de la confianza legítima, porque si se aceptara tal postura se vulneraría el derecho de defensa del demandado, porque ello implica trasladar en su contra la carga de desvirtuar la presunción de buena fe, lo cual en lógica jurídica es inadmisibile. Es decir, que la orden referente a que se devuelvan las sumas de dinero que la Administración haya pagado de más, será conforme sentencia siempre y cuando se haya demostrado que la persona se haya valido de medios ilegales en detrimento de la Administración, para obtener la expedición de los actos administrativos por medio de los cuales obtuvo el dinero.

En el año 2009, mediante Sentencia del 1 de julio, el Consejo de Estado consideró que le asiste razón a la universidad demandante en cuanto a la ilegalidad de la inclusión de la prima de vacaciones en la liquidación del derecho jubilatorio del docente, por lo cual este factor no debe estar incluido en el acto de reconocimiento pensional. Sin embargo, advirtió que no había lugar a reembolso de las sumas canceladas por la universidad originadas en la liquidación de tal concepto dentro de la pensión reconocida al demandado, dado que la Administración, fundada en su propia negligencia, no puede pretender la devolución de las sumas pagadas en exceso, pues se vulneraría abiertamente el principio de la buena fe que asiste al gobernado, y según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, no había lugar a reclamarlas. Luego, el 6 de agosto de 2009, la Alta Corporación consideró que la entidad accionante, en su impugnación a pesar de insistir en la devolución de las sumas pagadas de más, no podía ser ordenada la devolución de lo pagado en exceso por concepto de pensión de jubilación, porque la prestación se reconoció con fundamento en normas expedidas

por el mismo departamento de Cundinamarca, sin que pueda imputarse al demandado culpa alguna en la expedición del acto o mala fe al recibir lo pagado en exceso. Lo cual replica la consideración hecha en la Sentencia del mes de julio.

En el año 2010, la Sentencia de 12 de mayo, la Sala acogió la posición mayoritaria, sobre el tema de la devolución de los dineros percibidos por los particulares de buena fe, por concepto de acreencias laborales reconocidas con carácter unitario precisando que cuando:

La administración con ocasión de su propio error emite en contravía del ordenamiento legal, un acto administrativo que perjudica sus intereses patrimoniales y beneficia al administrado que actúa con buena fe, dicha situación no le puede generar la obligación de devolución de las sumas que se le pagaron en exceso. (Sentencia, 2010, mayo 12)

Bajo este supuesto, la Sala estimó, en esa oportunidad, que una interpretación distinta conllevaría a que el administrado tendría que asumir las consecuencias derivadas del error en que incurrió la Administración con la expedición de un acto administrativo lesivo para su propio patrimonio, lo que claramente defraudaría la confianza legítima que estos aprecian objetivamente en todas las actuaciones de la Administración. Bajo este supuesto, el 7 de julio del mismo año se falló en caso similar, ordenando la no devolución de los dineros pagados al particular.

Posteriormente, en Sentencia del 6 de octubre de 2011, abordó un caso en el que el Fondo de Previsión Social del Congreso reconoció pensión sin someter el monto pensional al tope máximo establecido en las normas generales, sin que este tipo de pensión tuviera tal excepción. En criterio de los consejeros, no se ordenó la devolución de lo pagado en exceso porque fue la entidad la que eximió de tope pensional la pensión de la demandada y por tanto, no tenía ella que asumir la culpa. La demandada se encontró entonces amparada por el principio de la buena fe, que no fue desvirtuada

por la entidad demandante, pues no se probó la comisión de actos dolosos o de mala fe para obtener la pensión sin tope máximo.

En Sentencia del 9 de febrero de 2012, fue debatido el caso de un docente universitario que se acogió a un Acuerdo de la Universidad Distrital que asignaba una pensión, la cual escapaba de la órbita de sus funciones, ya que se trató de una Resolución del año 1996, cuando los derechos pensionales están regidos bajo la égida de la Ley 100 de 1993 o hasta el 28 de agosto de 1997, conforme a la Sentencia C-410 de 1997.

Sin más reparos, la subsección es del criterio de amparo del derecho pensional en virtud de la Ley 100, artículo 146, por lo cual no hay lugar a recuperar prestaciones pagadas, ya que no obra prueba de acto doloso que acredite que la parte demandada haya hecho incurrir a la Administración en error.

La entrada en vigencia del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es el día 2 de julio del año 2012, en nada cambió las consideraciones que fundan las sentencias y por el contrario, dependiendo de los consejeros que tomaran la decisión se hacía más o menos énfasis en el principio de la buena fe, para determinar si era reembolsado el dinero a las arcas estatales. Lo que se observa es que este asunto, en la mayoría de los casos, no guarda un análisis complejo a efectos de la lesión del patrimonio público. Pese a analizar sentencias, incluso del año 2016, los procesos fueron estudiados conforme el anterior Código, dado que los procesos fueron iniciados durante su vigencia, y al Consejo de Estado llegaron como apelación de las sentencias proferidas en los Tribunales Administrativos.

Mediante Sentencia del 26 de septiembre de 2012, el Consejo de Estado resolvió una controversia en la que la docente ascendió en escalafón indebidamente, puesto que había presentado un título que previamente había presentado y por medio del cual ya le habían subido en el escalafón.

El fundamento para que la demandada no pagara las sumas recibidas en exceso radicó en que no resulta válido que la demandada haya hecho incurrir en error a la Administración, al presentar el título dos veces, ya que

los servidores públicos debieron negar la segunda solicitud. No corresponde a un fraude, ni intención culposa o dolosa, ya que no intervino en la decisión administrativa.

Este caso resulta de gran relevancia, ya que presentar nuevamente el título con el cual había ascendido previamente en el escalafón docente, puede encontrarse como una conducta desprovista de la buena fe, ya que era de su conocimiento la presentación del título en dos ocasiones, llevando a que la Administración incurriera en error; sin embargo, bajo el marco de la Constitución de 1991, se presume la buena fe, con todo, lo que se encuentra es que a diferencia de los casos abordados hasta este momento, no se han definido criterios ciertos, sin más que la Administración demuestre la mala fe, para lo cual el asunto quedó a consideración de lo que puede entenderse como buena o mala fe por el juzgador.

Opuestos motivos se abordaron el veinticuatro (24) de octubre del año 2012, al ser estudiado el caso en que se demandaron dos resoluciones que ordenaron devolver al tesoro público una suma de dinero por concepto de salarios devengados a causa de doble vinculación, ya que el demandado había laborado en colegio oficial y en universidad pública conjuntamente, pero en distintos horarios y le indicaban que fuera devuelto al erario lo devengado en la universidad al ser esta la segunda institución a la que se vinculó.

Como fundamento de la decisión, fue abordada la prohibición legal de la doble asignación, pero debía existir un estudio singularizado de las circunstancias de hecho en el caso concreto y sobre todo la intencionalidad de quien incurrió en dicha prohibición, por lo tanto en el análisis efectuado por la Sección, fue encontrado que durante las dos vinculaciones, sus horarios le permitieron prestar ambos servicios, no se probó por ello la mala fe y el ánimo de perjudicar a las entidades; por el contrario, amabas se beneficiaron del servicio y debían retribuirlo; en tal sentido, no estaba llamado a devolver al erario lo devengado en la universidad, como era ordenado en el acto administrativo.

El veintidós (22) de noviembre de 2012, se decidió la controversia suscitada entre el entonces Instituto de Seguros Sociales y una ciudadana, al ser revocada directamente la resolución que concedió pensión, luego de que se revisara que la demandada no cumplía con los requisitos (semanas cotizadas) para acceder a pensión, del modo en que le fue otorgada.

La Sala disertó sobre el postulado de buena fe dispuesto en la Constitución, el Código Civil Colombiano y Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, indicando que compete desvirtuar la buena fe a quien alega mala fe; es decir, en el caso a la entidad, el Iss, que no lo demostró. La ilegalidad del acto provenía de circunstancias ajenas a la demandada, por lo cual no era procedente condenar a una persona respecto de la cual el principio de buena fe no ha sido desvirtuado, de modo que no era posible ordenar la devolución del excedente que pagó por un acto propio el Iss a una persona que actuó de buena fe, dado que si la entidad solicita esto, debe demostrar los hechos que considere que la persona a quien se le reconoció la pensión actuó de manera deshonrosa.

En el año 2013, día diez (10) de octubre, la Sentencia resolvió el caso consistente en que frente a la pensión compartida que recibió el actor, le ordenaron descuento del 10 % de su mesada por concepto de reintegro pagado en exceso, ya que estuvo recibiendo simultáneamente pensión de jubilación y de vejez, pese a que a partir del reconocimiento de la última, solo debía recibir el mayor valor a que hubiera lugar y no el total de la pensión.

Como criterio sostenido frente al reintegro de lo pagado en exceso fue considerado que no se puede imponer al afectado un sorpresivo gravamen, que podría exceder su capacidad económica y patrimonial, pretendiendo purgar un descuido en que incurrió la Administración por no haber adoptado las medidas necesarias, tendientes a evitar este tipo de situaciones.

Más adelante, en el año 2014, el 1 de septiembre y el 27 de noviembre, se analizó el problema jurídico consistente en si se desvirtuaba la buena fe de la demandada y si en consecuencia era procedente ordenar la devolución de las sumas percibidas en virtud de la orden de reconocimiento de pensión

gracia que se obtuvo mediante acción de tutela promovida contra cajanal; en el proceso se contaba con elementos que llevan a colegir un fraude para obtener el reconocimiento de la pensión gracia, de modo que retomando los criterios abordados por la Corte Constitucional en Sentencia T-218 de 2012, se llegaba a la conclusión que se estaba ante un fraude, toda vez que fue instaurada en lugar apartado de domicilio del actor, del último lugar de prestación de servicios y del lugar de expedición de los actos administrativos previos, más aún cuando no era posible acceder a la mencionada pensión acreditando vinculación docente del orden nacional, porque era concedida a los docentes con vinculación territorial, a fin de compensar o retribuir a favor de los mismos la baja remuneración frente a los docentes vinculados en el orden nacional.

Así las cosas, acuden necesariamente a la jurisprudencia del Consejo de Estado que en casos similares había resuelto, y en los cuales el análisis se funda en que:

Tratándose de un error de la Administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido de buena fe por una persona. No obstante, al sucederse una serie de dudosas actuaciones de tipo global para obtener el reconocimiento de la pensión gracia, cuya final destinataria fue la actora, puede observarse que el acto de reconocimiento pensional no fue originado por un error de la Administración, sino en cumplimiento de una orden judicial, que encerró numerosas dudas. (Consejo de Estado)

En consecuencia, no puede aceptarse que se aplique la observancia de la buena fe cuando se ha obtenido lucro a través de una acción reprochable.

En el año 2015, la Sentencia del 22 de abril, desató el conflicto jurídico en torno al reajuste especial de pensión de congresista, la Sala infirió que el accionado fue pensionado; sin embargo, al obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación, le asistía el derecho al reajuste especial de la

mesada pensional; no obstante, dicho reajuste no se ajustó a la normatividad vigente para ello, encontrándose por encima del valor debido. Es de resaltar a la investigación que la Sala tuvo en cuenta frente al principio de la buena fe, que aunque el Fondo venía cancelando al demandado sumas que no le correspondían, negó el reintegro de los pagos efectuados, porque, según lo dispuesto por el artículo 83 de la Carta Política, se presume la buena fe en la actuación de los particulares, y como quiera que al interior del proceso no obró prueba en contrario que desvirtuara dicha presunción, no fue ordenada la devolución de las sumas de dinero. Tiene como fundamento la decisión de la Sentencia C-58 de 2013, en la que se advierte además que las mesadas pensionales pasadas se constituyen en “derechos que ya han ingresado de manera irreversible al patrimonio de la persona”, de conformidad con lo estipulado por el artículo 58 Superior y por el Acto Legislativo 1 de 2005, reiterado posteriormente en sentencias del año 2016.

Otra sentencia del mismo año fue la proferida el 6 de mayo de 2015, que tuvo como criterio de la Corporación a efectos de ordenar devolver sumas de dinero por parte de los particulares a las entidades del Estado que se han pagado por conceptos de carácter laboral, es que prima el aspecto subjetivo con el que actuó el particular para recibir tales emolumentos.

En el caso concreto había duda sobre el certificado aportado para el ascenso al grado 13 del escalafón docente, pero de la investigación penal que obró paralela al proceso contencioso administrativo, la Fiscalía encontró desorganización en el Centro donde el docente adelantó la capacitación que dio origen al certificado, no obraban archivos que dieran cuenta de su paso por el Centro Educativo para adelantar dicho estudio. Así las cosas, no era viable concluir la mala fe, y por ende no fue ordenado el reintegro de las sumas de dinero pagadas en exceso a la docente.

El Consejo de Estado, en fecha 18 de febrero de 2016, consideró que aunque es cierto que el Fondo pagó al causante y venía cancelando a su compañera sobreviviente valores que no le correspondían, la Sala avaló la disposición del *a quo* que negó el reintegro de los pagos efectuados, porque,

según lo dispuesto por el artículo 83 de la Carta Política, se presume la buena fe en la actuación de los particulares, y como quiera que al interior del proceso no obra prueba en contrario que desvirtúe dicha presunción, que opera a favor del fallecido y de la acusada, ligada al principio de confianza legítima.

Otra de las sentencias analizadas fue la proferida el 16 de junio de 2016, en la que se consideró entre otros aspectos, ahondar en el artículo 83 de la Carta Política, en cuanto la conducta de los particulares y de las autoridades públicas debe estar gobernada por el principio de buena fe, que se presume frente a las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas; es decir, en las relaciones jurídico-administrativas; presunción legal que admite prueba en contrario. Acudió a la Corte Constitucional al exponer que:

El principio de buena fe es aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una 'persona correcta (virbonus)'. La buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la 'confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada'. (Sentencia T-475, 1992)

Con todo, el ejercicio legítimo de la acción constitucional por parte de la accionada no fue considerado por sí mismo en una actuación de mala fe, debido a que la accionada no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión gracia, tal y como se comprobó, y como cualquier ciudadano que estima vulnerado un derecho fundamental, la Ley lo habilita para acudir ante el juez constitucional, quien sí está en facultad de analizar en el caso concreto si es procedente o no el amparo solicitado o si lo declara para evitar un perjuicio irremediable debidamente comprobado.

Con lo anterior, se tuvo que no se encuentra plenamente probada la mala fe en la actuación adelantada por parte de la accionada cuando reclamó

el reconocimiento de la pensión gracia ante la Administración y ante el juez de tutela, habida cuenta que no se demostró que haya acudido ante tales autoridades con el ánimo de inducir las en error.

El 14 de julio, 4 de agosto, 30 de agosto, 28 de septiembre de 2016, la Sala consideró que procedía aplicar el principio del *error commun is facit jus*, puesto que fue la Administración la que incurrió en la equivocación de abonar a la pensión de beneficiarios de la actora, ya que dio por existente un derecho o una situación relacionada con esa cantidad de dinero que no existía. Ella lo recibió con la seguridad y creencia sincera de que el ente accionado había actuado con certeza y conforme a las prescripciones legales; y, por ende, el comportamiento de la actora se realizó con buena fe exenta de culpa, que lo ampara el ordenamiento jurídico. En consecuencia, fue estimado que la actora no estaba obligada a devolver dinero alguno, pues el artículo 136 del Cca establece que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”, pero no para salvaguardar un reconocimiento ilegal.

Respecto de encontrarse desvirtuada la buena fe en la medida en que se adelanten actuaciones dudosas como partícipe de un fraude global, para que se haga efectivo el reembolso de las sumas percibidas, la Administración deberá suscribir un acuerdo de pago, que preste mérito ejecutivo, que deberá atender a las condiciones socio-económicas del obligado, de tal manera que los plazos y montos pactados para el efecto no menoscaben su mínimo vital.

Ahora bien, frente a pretender la devolución de sumas de dinero pagadas a partir de la fecha en que se notificó el auto admisorio, el 28 de octubre de 2016, el Consejo de Estado encontró que el hecho de que el Tribunal haya presumido la mala fe de la accionada, a partir del momento en que esta fue notificada de la demanda, no es compartible, toda vez que solo el análisis integral de legalidad del acto administrativo demandado le permitía al juez contencioso administrativo concluir si la conducta de la demandada, en el caso en concreto, se oponía al postulado constitucional de la buena fe, por tanto de acreditarse actos contrarios a la buena fe, se entenderán desde la solicitud de reconocimiento y pago prestacional.

Cabe mencionar en esta investigación el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 28 de febrero de 2017, que aunque no se configura parte de la jurisprudencia, da importantes nociones del tema abordado para lo sucesivo. Resalta en primera medida la disposición constitucional, y al mencionado artículo 83, y a renglón seguido la contemplada en la Ley 1437 de 2011, que hasta las sentencias proferidas en la actualidad y estudiadas en la investigación, no han tenido cabida por tratarse de procesos que se iniciaron bajo la vigencia del anterior ordenamiento, Decreto 01 de 1984.

Anota que la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por proteger el derecho de aquellos docentes que han percibido dineros en virtud de primas creadas por las asambleas y concejos, con base en la confianza de que les estaban siendo pagados legalmente.

Por otra parte advierte que no hay derechos adquiridos en contravía de la Constitución, fundado en el artículo 58, al considerar la propiedad privada y que los derechos deben respetar las leyes civiles para que puedan ser considerados como adquiridos. Por tanto, no pueden ser garantizados aquellos que contrarían la Constitución Política por tratarse de la norma de normas.

Adicionalmente, que no puede afirmarse que una situación jurídica subjetiva se ha consolidado y que ha ingresado definitivamente al patrimonio de una persona, cuando ha sido creada desconociendo el régimen constitucional y legal que imperaba al momento de su definición, porque se carecería de un justo título.

En consecuencia, del aludido concepto no puede concluirse que opera igual en todos los casos. Es importante resaltar que el estudio del principio de la buena fe se debe hacer en concordancia con el principio del enriquecimiento sin causa, en aras de que una mengua patrimonial del Estado no configure un incremento económico de un sujeto, cuando se carece de causa jurídica que lo funde, ya que no puede desconocerse como fin del Derecho dar lo que realmente le corresponde a cada quien, de acuerdo con los principios de justicia y equidad.

3. Resultados

Con el desarrollo de la investigación se encontraron distintos criterios que fundan las decisiones del Consejo de Estado frente a la devolución de dineros pagados en exceso por la Administración; cabe aclarar que en su mayoría, las sentencias correspondieron a prestaciones periódicas pagadas en exceso, que aunque no son supuestos que se hayan configurado bajo el marco de Sentencias de Unificación de Jurisprudencia, sirven como derrotero de las decisiones judiciales, del rol del litigante y en el campo académico; sin embargo, llama la atención que pese a transitar en normas y jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, no se articula el principio de la buena fe con otros que pueden constituirse en serias herramientas de decisión adicionales, como lo es el principio del enriquecimiento sin causa, toda vez que no es lícito que un patrimonio se incremente a costa de otro sin que exista una causa que justifique tal hecho, y más aún cuando se trata de dineros que hacen parte del patrimonio público.

Se ha identificado que al arbitrio del juez queda la determinación de la ocurrencia de un fraude; por ejemplo, el fraude global derivado del reconocimiento de pensión gracia que ordenó una decisión de tutela, con serias discordancias y la presentación de un título académico dos veces para ascender en el escalafón docente, los cuales implicaron observaciones distintas frente a la intención de intervenir en la decisión administrativa, por medio de la cual finalmente se realizó el reconocimiento de sumas que no eran debidas.

Lo cierto es que no puede aceptarse de ninguna manera que se aplique la presunción de buena fe cuando se ha obtenido lucro a través de una acción reprochable; sin embargo, para que se ordene devolver sumas de dinero por parte de los particulares a las entidades del Estado que se han pagado por conceptos de carácter laboral, lo que prima es el aspecto subjetivo con el que actuó el particular para recibir tales emolumentos.

Cuando se trate de doble asignación y se pretenda la devolución de alguno de los dineros, debe analizarse el caso concreto y determinarse si las entidades se beneficiaron del servicio y si las mismas debían retribuirlo;

en tal sentido, determinar si la persona estaba en la posibilidad jurídica y física de responder por las labores encomendadas en ambas entidades públicas.

Del panorama explorado puede decirse que cuando la ilegalidad del acto administrativo proviene de circunstancias ajenas a la demandada, no es procedente a todas luces condenar a una persona respecto de la cual el principio de buena fe no ha sido desvirtuado; en caso de ser solicitado por una entidad estatal demandante, esto, por consiguiente se deben demostrar los hechos que consideren que la persona a quien se le reconoció una pensión, por ejemplo, actuó de manera deshonrosa. En todo caso, corresponde al juez administrativo el análisis integral de legalidad del acto administrativo demandado para que pueda concluir si la conducta de la persona demandada se opone al postulado constitucional de la buena fe, dado que no existen supuestos taxativos que deban seguirse para resolver casos como los estudiados en las sentencias que se abordaron en la investigación.

En el año 2007 y nuevamente en el 2014, se precisó explícitamente el alcance del principio de buena fe, al entenderse con limitaciones, y no con un carácter absoluto, haciendo alusión a la prevalencia del interés general, vigencia de un orden justo, desarrollo de la función administrativa con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía.

Conclusiones

Pese a acudir a la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que sobre el particular ha trasegado durante bastante tiempo y fundarse en disposiciones normativas civiles referentes a la forma de desvirtuar el principio de la buena fe, resulta importante que frente a las pretensiones sobre devolución de sumas de dinero pagadas en exceso sea abordado conjuntamente para estas discusiones, el principio del enriquecimiento sin causa, toda vez que no es lícito que un patrimonio se incremente a costa de

otro sin que exista una causa que justifique tal hecho, y más aún cuando se trata de dineros que hacen parte del patrimonio público.

No se pretende por ello que quien haya recibido de buena fe una suma de dinero deba devolverla sin examinarse sus condiciones de satisfacción de necesidades básicas, o que deba reembolsar el dinero en un contado e indexado, o que se desconozcan derechos adquiridos por su índole constitucional, como bien hace lo dispuesto en el artículo 58 de la Carta Fundamental.

La presente investigación constituye un aporte a la discusión, toda vez que si por analogía se acude a la normatividad civil expuesta, no estaría demás atender las consideraciones que sobre la consignación por error y el enriquecimiento sin causa, la Corte Suprema de Justicia ha suscrito en distintas ocasiones al examinar los conflictos jurídicos de entidades financieras y ciudadanos, en los que se ordena la restitución de dineros que de manera equivocada fueron consignados en la cuenta del demandado y de la cual este dispuso indebidamente. Es similar en tanto se experimenta una mengua patrimonial que carece de justificación y que, correlativamente, fue de provecho para el usuario, y aunque se trata de asuntos de índole privada, deja una gran reflexión para el derecho público, ya que son sumas de dinero estatales las que se encuentran en juego y, en ambos casos, los excedentes fueron entregados por error del banco y la Administración estatal.

Así las cosas, subyace un imperativo moral que la misma Corte Suprema de Justicia ha expuesto como que el ordenamiento jurídico no debe patrocinar el acrecimiento económico de un sujeto a expensas de otro, cuando no existe ningún fundamento jurídico que lo justifique, postulado que encaja, desde luego, con la necesidad de dar a cada quien lo suyo, esto es, lo que verdaderamente le corresponde de acuerdo con los principios de justicia y equidad (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2009, octubre 7).

Podría pensarse además que perseguir la devolución de los dineros violaría el *principio general del derecho*, según el cual “nadie puede derivar derechos de su propia ilicitud”; no obstante, para solucionar tal problemática

la misma Corte ha manifestado que la conducta del demandado es el origen directo del enriquecimiento y el empobrecimiento aludidos, al no reincorporar el dinero que fue erróneamente depositado en su cuenta.

Hasta la fecha la ilegalidad de un acto administrativo cuando proviene de circunstancias ajenas a la parte demandada, no sugiere la condena porque no ha sido desvirtuado el principio de buena fe, sin que se sostenga un análisis de otros principios generales del derecho que pueden concurrir. Por ahora corresponde al juez administrativo el análisis integral de legalidad del acto administrativo demandado, para que pueda concluir si la conducta de la persona demandada se opone al postulado constitucional de la buena fe, dado que no existen supuestos taxativos que deban seguirse para resolver casos como los estudiados en las sentencias que se abordaron en la investigación.

Referencias

- Gómez Hurtado, A. & Esguerra Portocarrero, J. C. (1991, marzo 11) Proyecto de acto reformatorio de la Constitución Política de Colombia Nro. 24. Título: Buena Fe. Gaceta Constitucional. Número 19, p. 3.
- Monroy Cabra, M. G. (2015). *Introducción al derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Neme, M. (2010). La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: Una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. *Revista de Derecho Privado*. Número 18, p. 65-94. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/403/383>
- Troncoso Estrada, O. L. (2015). La Hermenéutica Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Ed.), *Lecciones de Introducción al Derecho*. Ibagué, Colombia. Ediciones Unibagué, p.185-227.

Referencias normativas

- Constitución Política de 1991, Artículo 58. Artículo 83
- L. 1437/2011, Artículo 110. Artículo 164-1-C
- D. 01/1984, Artículo 136-2

Referencias jurisprudenciales (Colombia)

- Consejo de Estado, (2007, 16 de noviembre). Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado (2008, 26 de julio). Consejero Ponente: Gerardo Arenas. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2009, 01 de julio). Consejero Ponente: Gerardo Arenas. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2009, 06 de agosto). Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2010, 12 de mayo). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2010, 07 de julio). Consejero Ponente: Gerardo Arenas. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2011, 06 de octubre). Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2012, 26 de septiembre). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2012, 24 de octubre). Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2012, 22 de noviembre). Consejero Ponente: A. Vargas. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado 10 oct. 2013 Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2014, 01 de septiembre). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. (2014, 27 de noviembre). Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2015, 22 de abril). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. (2015, 06 de mayo). Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2015, 27 de agosto). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2015, 09 de septiembre). Consejero Ponente: O. Garavito. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 18 de febrero). Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 16 de junio). Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 14 de julio). Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 04 de agosto). Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 30 de agosto). Consejero Ponente: W. Hernández. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 28 de septiembre). Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 28 de octubre). Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil (2017, 28 de febrero). G. Bula. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

CSJ Civil (2009, 07 de octubre), E. Villamil. Expediente 05360-31-03-001-2003-00164-01.

Democratización de la producción de la energía eléctrica en Colombia a partir de la Ley 1715 de 2014

Edwar Serna Peña *
Sebastián Maestre Gallego **

Recepción: 02/04/2018 • Aprobación: 28/09/2018 • Publicación: 19/12/2018

Resumen

A raíz de la expedición de la Ley 1715 de 2014, el panorama de la producción energética en Colombia se vio claramente alterado, toda vez que la política pública en materia eléctrica del Gobierno Nacional apuntó ahora a la implementación de fuentes no convencionales de energía renovables, para lo cual instauró unos incentivos y expidió la normatividad necesaria para regular los mecanismos de comercialización de los excedentes energéticos fruto de dicho aprovechamiento de fuentes alternativas de energía. Es a partir de lo anterior que se analiza a lo largo del presente artículo, cómo el nuevo enfoque de los cambios normativos descritos, traen consigo un proceso de transformación de los principios y la dogmática que funda el servicio público domiciliario de electricidad, lo cual se conceptualiza en un proceso de democratización de la producción energética en Colombia.

En suma, al final del presente escrito, el lector podrá vislumbrar la enorme trascendencia de la presente normatividad en el escenario energético y económico del país, puesto que es claro como los usuarios finales del servicio eléctrico pasan de ser un agente pasivo dentro de la estructura energética del país, a ser un potencial autogenerador de energía; no solo está satisfaciendo su

* Abogado egresado de la Universidad de Ibagué. Asesor en Implementación de Fuentes No Convencionales de Energía.

** Abogado egresado de la Universidad de Ibagué. Asesor en Implementación de Fuentes No Convencionales de Energía.

Para citar este artículo

Serna Peña, E., & Maestre Gallego, S. (2018). Democratización de la producción de la energía eléctrica en Colombia a partir de la Ley 1715 de 2014. *Dos mil tres mil*, 20(1), 135-152.
doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/20106>

necesidad del servicio público esencial, sino que además estaría nutriendo de energía al sistema interconectado nacional.

Palabras claves: Fuentes no convencionales de energía renovables, democratización, energía eléctrica.

Abstract

In the aftermath of 1715 law from 2014, the energy production scene in Colombia was clearly altered by a government energy policy aimed at the implementation of non-conventional sources of renewable energy. In order to achieve that some incentives were applied and issued the guidelines necessary to regulate the mechanisms of commercialization from the energetic surplus breakthrough of those alternative sources. Taking into account what mentioned before, this article tackles the concept of energetic production democratization in Colombia in contrast of the process of transformation of the dogmatic and the principles bases of the home public service of energy.

To sum, in the end of the writing, the reader will be able to glimpse the huge representation of the current normativity within the energetic and economic arena of the country, owing to the clear changing of the final users of the electric service from being a passive agent to be a self-energy generator inside the energetic structure – which not only is fulfilling the need of the essential public service at the same time that spurs the energy in the country's interconnected system.

Keywords: Non-conventional sources of renewable energy, democratization, electric energy.

Introducción

El 13 de mayo de 2014 fue expedida la Ley 1715, mediante la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional. En este sentido, dicha norma tiene por objeto promover el desarrollo y la utilización de las fuentes no convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable, en el sistema energético

nacional mediante su integración al mercado eléctrico, su participación en las zonas no interconectadas y en otros usos energéticos como medio necesario para el desarrollo económico sostenible, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y la seguridad del abastecimiento energético. Con los mismos propósitos se busca promover la gestión eficiente de la energía, que comprende tanto la eficiencia energética como la respuesta de la demanda.

A raíz del contenido normativo de esta Ley, se abren las puertas para nuevos paradigmas y retos que surgen como resultado de una nueva reestructuración del sistema eléctrico nacional actual, atendiendo a las necesidades de las Zonas No Interconectadas (Zni), incentivando la autogeneración de energía eléctrica por parte de cualquier particular, trayendo profundos impactos al sector industrial productor de energía eléctrica en sus diferentes niveles y en general, abriendo el espectro vigente a uno más amplio. Todo lo anterior se pretende a través de diferentes medidas y políticas, tales como incentivos tributarios, arancelarios, contables, administrativos, incluyendo la posibilidad de comercializar los excedentes de energía entregados al sistema, entre otros, tendientes a encaminar a Colombia en la transformación que la realidad jurídica, social, ambiental, económica, política y tecnológica en el ámbito global demanda de cualquier Estado que aspire ser competitivo en medio de estos nuevos desafíos.

Es así como esta normatividad se erige como un bastión que garantiza el derecho al acceso al servicio público domiciliario de electricidad por parte de todos los colombianos, generando, además, importantes oportunidades para la producción energética nacional, así como beneficios a un malherido medio ambiente. Con todo y eso, son múltiples los retos que surgen; garantizar el acceso al servicio de energía eléctrica en las zonas no interconectadas, incentivar la autogeneración a través de fuentes no convencionales de energía por parte de la población que goza del servicio, disminuir el impacto ambiental generado por los procesos de producción de energía convencionales y fortalecer un sistema económico basado en la sostenibilidad.

De lo anterior se desprende que el objeto principal del presente trabajo sea determinar si en la Ley 1715 de 2014, por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional, se democratizaría la producción de energía eléctrica en Colombia. Es así como se abordará en una primera instancia, todo el régimen jurídico que concierne a la producción energética eléctrica en Colombia a partir de fuentes renovables no convencionales de energía. En un segundo aparte, se conceptualizará la democratización y cómo debe entenderse desde la interpretación de este artículo, finalizando con algunas apreciaciones respecto al tema.

1. Régimen jurídico de las Fncer ¹ en Colombia

A pesar de que el fenómeno de la electricidad ha sido un descubrimiento bicentenario, en todo este tiempo no ha sido posible desentrañar todo su potencial físico, en parte, porque ha estado supeditado a los intereses económicos de la industria y los sistemas. Colombia no fue la excepción ante este fenómeno y el crecimiento del sector eléctrico en el país durante el inicio del siglo xx, se dio de manera rezagada como consecuencia de que solo se atendió a los beneficios económicos de los inversionistas particulares, y no a las exigencias reales de la población.

Posteriormente, durante la mitad del siglo xx, las concepciones dogmáticas sobre servicios públicos y la nascente necesidad por parte del Estado y sus habitantes de acceder al servicio de energía eléctrica, impulsaron al Estado para que ejerciera su soberanía a través de la expedición de un incipiente sistema normativo que regulara al sector, con el fin de garantizar la calidad y ampliar la cobertura de la prestación del servicio. Ya sobre el final del siglo xx y como respuesta a la crisis energética surgida por los fenómenos del Niño y la Niña, el Estado emprendió una ardua labor tendiente a fortalecer la institucionalidad garante de la prestación del servicio de electricidad, en procura de robustecer la presencia del Estado frente al sector eléctrico.

¹ Fuentes No Convencionales de Energía Renovable.

No en vano, el constituyente a través de la Carta Magna, entendió la importancia de los servicios públicos domiciliarios como mecanismos para la materialización de los principios y derechos de las personas, en consecuencia estableció los parámetros y mandatos para que fuera regulado el sector, teniendo en cuenta la protección del usuario, el control y la vigilancia del servicio, la rentabilidad del sistema y los principios inherentes al servicio.

Dogmáticamente son muchos los artículos de la Constitución que intervienen a la hora de hablar de servicios públicos; sin embargo, es de especial importancia destacar el papel del Título XII, Capítulo V, el cual trata la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos, y en este orden de ideas, se crea la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 370), se establecen los deberes y derechos de los usuarios (artículo 369), y en general, se dictan los mandatos y el alcance de la prestación de dicho servicio.

Es precisamente en cumplimiento de los deberes impuestos por la Constitución Política, que surge la Ley 142 y Ley 143 de 1994, siendo la primera el Régimen General de los Servicios Públicos, y la segunda, el régimen específico aplicable al sector eléctrico.

Ahora bien, entendiendo el contexto histórico y la conciencia ambiental del momento, la Ley 142 de 1994 no tuvo en cuenta variables como el cambio climático, sino que atendió solamente a criterios de sustentabilidad económica, desconociendo el vital papel que desempeña el entorno climático y natural sobre el desarrollo económico y energético. Esta Ley planteó la solución tendiente a resolver la problemática energética surgida por el fallido sistema de tarifas y subsidios preestablecido, el cual no atendía a criterios económicos de rentabilidad.

Posteriormente, ante la concientización del efecto de la influencia del sector eléctrico sobre la economía nacional, el Estado vio la importancia de estructurar e institucionalizar el sector, descentralizando sus funciones de vigilancia, control, regulación, planeación, expansión y prestación del servicio público domiciliario de electricidad, propendiendo por fortalecer

la economía. En este sentido, dicho sistema normativo estableció el régimen tarifario y de subsidios, la posición, derechos y deberes de los usuarios, el régimen de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, así como los mecanismos de vigilancia, control y regulación.

Es claro entonces como toda la normatividad en materia de generación de energía eléctrica en Colombia trajo consigo un completo robustecimiento de las diferentes instituciones intervinientes, encabezada por el Ministerio de Minas y Energía quien ejerce las funciones de dirección. Por su parte, la Unidad de Planeación Minero Energética (upme) es la entidad encargada de la planeación de la operación del sector minero energético. La Comisión de Regulación de Energía y Gas (creg) es la encargada de articular la dirección y el ordenamiento jurídico a través de sus diversas resoluciones; es decir, emanan las principales normas de carácter técnico que envuelve al sector eléctrico colombiano. Dichas normas están en concordancia con los conceptos del Consejo Nacional de Operación (con) y el Comité Asesor de Comercialización (cac). La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es el ente llamado a ejercer control y vigilancia al sector, mientras que la operación del sistema y la administración del mercado está en cabeza de la filial de isa, xm, quien es la encargada de proveer la plataforma tecnológica a través de la cual se desenvuelve la comercialización de la energía eléctrica del país.

Finalmente, esta estructura del sector eléctrico nacional la cierra las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, quienes son las encargadas de la generación, distribución, transmisión y la comercialización de la energía eléctrica en Colombia a los usuarios finales, ya sean residenciales o industriales.

A pesar de todo lo anterior, tras más de dos décadas después de la promulgación del régimen eléctrico, la realidad demuestra que falta un largo trecho para materializar sus mandatos y preceptos, lo cual refleja la ineficacia del régimen normativo para lograr sus intenciones. Es por ello

que empezaron a surgir normativas tendientes a lograr un uso eficiente de la energía y el aprovechamiento de energías renovables, empezó a ocupar un espacio creciente en la agenda del debate jurídico económico de país, en materia energética.

La Ley Marco 697 de 2001, sobre uso racional de energía, definió como propósito nacional avanzar hacia la utilización de fuentes renovables en pequeña escala y, particularmente, apoyar la investigación básica y aplicada para que, con el tiempo, se reduzcan costos y se amplíe la capacidad de energías como la eólica, la solar, la geotérmica o la de biomasa. Además:

Junto con el Decreto Reglamentario número 3683 de 2003, establecen directrices, lineamientos y funciones a entidades de orden público y privado otorgando la mayor responsabilidad al Ministerio de Minas y Energía en relación con la promoción, organización, aseguramiento del desarrollo y el seguimiento de los programas y el diseño del Programa de Uso Racional y eficiente de la energía y demás formas de energía no convencionales. (Congreso de la República, 2012, p. 29)

Ley 1715 de 2014

No sería sino hasta el 2014 que Colombia daría un paso importante en esta carrera energética, en la que a través de la Ley 1715 hace una declaración de sus intenciones antes el nuevo panorama mundial. Uno de los umbrales más importantes que motivaron la Ley 1715 de 2014 hace referencia al panorama del impacto ambiental de la forma tradicional de generar energía en el país. El desgaste de las cuencas hidrográficas es de las problemáticas más visibles es en la trayectoria de la industria energética. Si bien es cierto, la forma como se genera energía eléctrica en su mayoría proviene de fuentes hídricas, a lo largo de los años esta fuente ha traído consigo una serie de consecuencias, tales como la disminución progresiva de los caudales de agua causando con esto el incremento de la sedimentación y, en consecuencia, bajando la calidad del agua.

Así lo exponen J. Glynn Henry y Gary W. Heinke en su obra *Ingeniería Ambiental* (1999) refiriéndose a los impactos ambientales del desarrollo hidroeléctrico:

Los efectos principales son consecuencia de cambios a la región local debidos a inmersión de tierras, pérdida de hábitat animal y modificaciones de la hidrología local, por ejemplo, la alteración de las características de flujo de ríos y aguas freáticas. En ciertos casos puede haber problemas graves de azolvamiento. Se buscan cada vez en mayor proporción sitios hidroeléctricos remotos, muchas veces en áreas silvestres con una escasa población de residentes que dependen de la cacería con trampas y tienen un estilo de vida sencillo. Para ellos, la pérdida de sus tierras o la perturbación de su estilo de vida pueden ser devastadoras. (Henry, J. & Heinke, 1999, p.75)

Estas variables no eran tenidas en cuenta en la política de generación de energía. El panorama actual, o por lo menos la nueva política que se desea implementar, es sostenible en todo sentido. Mitiga y tiene en cuenta el cambio climático, puesto que los avatares del pasado nos han enseñado las consecuencias de fenómenos naturales, tales como el Niño, los cuales ponen en riesgo la producción y explotación del recurso hídrico que es la principal fuente de generación de energía eléctrica. A raíz de esto, en su momento se planteó como solución poco sustentable, la utilización de combustibles fósiles para satisfacer la crisis en la oferta que había causado estos fenómenos, impactando de manera negativa al medio ambiente.

Henry y Heinke (1999) señalan como principales impactos medio ambientales atribuibles a la explotación de hidrocarburos, en punto específico del petróleo, los siguientes:

[...] ya sea en tierra o lejos de las costas, existe el riesgo de un estallido cuando llega a perder el control el pozo. Esto puede ocasionar graves y prolongados derrames de petróleo que daña el ambiente marino [...] Los derrames de petróleo puede ser causa de mortalidad en las aves y de contaminación en las costas, con efectos biológicos graves en los organismos que habitan en la

zona de mareas y cerca de la costa [...] Durante la producción de petróleo existe el potencial de daños debidos a la contaminación del entorno local por productos químicos y lodos de perforación [...] El uso y la eliminación de petróleo crudo traen como consecuencia la emisión de hidrocarburos y de óxidos de azufre, nitrógeno y carbono, todos ellos causantes de problemas ambientales y de salud. Algunos de los hidrocarburos que se producen durante la combustión incompleta son compuestos aromáticos polinucleados como los benzopirenos, que son cancerígenos potenciales. Un impacto final es la eliminación del petróleo ya usado, en particular el aceite lubricante, que puede está contaminado con plomo. (Henry, J. & Heinke, 1999, p.70)

En general, se puede afirmar que son muchos los problemas y los desafíos que afronta el sector eléctrico. Uno de los mayores inconvenientes es que no existe una investigación ni un estudio concienzudo por parte del sector público sobre este conjunto de afectaciones; es decir, el Estado no se ha interesado por profundizar en los alcances sociales y democráticos de la implementación o no de las fuentes no convencionales de energía.

Precisamente, lo que propone la Ley es avanzar en la industria energética construyendo una política sustentable. Para ello es importante preguntarse: ¿Qué se necesita? Como respuesta a esta incógnita se plantea, entre otras, la necesidad de garantizar seguridad energética; es decir, que el sector no dependa de fuentes no renovables, resguardando con ello el medio ambiente y dándole un enfoque integral de desarrollo, lo cual implica tener en cuenta las externalidades como lo son el efecto sobre el cambio climático, reducción de gases invernaderos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, entre otras, que en un momento de la historia pusieron en jaque al sector eléctrico. Finalmente, los factores anteriores estarían incompletos sin la democracia y participación de los ciudadanos que quieran y puedan participar del proceso de generación de energía eléctrica.

En consecuencia, es vital fomentar espacios de participación para poder empalmar todo el bloque legislativo y constitucional, para así garantizar la protección de todo el espectro democrático respecto al sector eléctrico en

Colombia. Con esto se procura la desconcentración de la propiedad y los beneficios que tiene el sector tradicional, pudiendo así diversificar en nuevas formas de generación que tengan en cuenta a todo el conglomerado social, esto a través de la posibilidad que trae la Ley de que cualquier persona que esté en la capacidad, autogenera electricidad para satisfacer su propio consumo, y además, que se abastezca el Sistema Interconectado con los excedentes de energía que no sean consumidos por los autogeneradores a través de su comercialización, fomentando así la generación distribuida.

En resumen, la Ley 1715 resulta innovadora, no precisamente porque se acoja al llamado internacional de proteger el medio ambiente y desarrollo, sino porque también atiende a criterios macroeconómicos, incrementando la exportación de crudo y evitando el consumo de este en la generación eléctrica nacional, así como propiciar a la población como productora de energía eléctrica.

Además, los incentivos de la Ley 1715, son contundentes y determinantes para la materialización de los objetivos de la Ley, promoviendo el uso de fuentes de energía renovables, siendo estos:

- i.* Reducción anual de Declaración de Renta por 5 años equivalente al 50% de la inversión teniendo como máximo, el 50 % de la declaración total.
- ii.* Exclusión de iva para servicios, maquinarias y demás equipos necesarios para la implementación de las fnce.
- iii.* Exoneración de pago de Derechos Arancelarios de importación de maquinaria y demás equipos necesarios para la implementación de las fnce q ue no sean producidos por la industria nacional.
- iv.* La aplicación del régimen de depreciación acelerada a la actividad de generación a partir de fnce.

Sin embargo, lo comprendido en esta Ley es etéreo en cuanto a su contenido técnico y procedimental. Es así como nacen al mundo jurídico otros decretos y resoluciones que entran a regular dichos vacíos. Se

encuentra entonces el **Decreto 2469 de 2014**, por el cual se establecen los lineamientos de política energética en materia de entrega de excedentes de autogeneración. Este decreto establece la simetría de condiciones entre los generadores y auto generadores que decidan participar en el mercado mayorista. En este sentido, se les exigiría a dichos autogeneradores contrato de respaldo con los operadores o transportadores de red. Igualmente, ordena a la upme que fije el límite mínimo para considerarse autogenerador a gran escala, estableciendo también los parámetros que se han de cumplir para ser considerado autogenerador.

La **Resolución 024 de 2015** de la cr eg, regula la actividad de autogeneración a gran escala en el Sistema Interconectado Nacional (sin) y dicta otras disposiciones. En este sentido, fija las condiciones para la conexión al sin del autogenerador a gran escala y las formas de medida. Establece las condiciones para el acceso al respaldo de la red y suministro de energía. Finalmente, determina los mecanismos para la entrega de excedentes de energía para los autogeneradores a gran escala.

La **Resolución 281 de 2015** de la upme establece un (1) megavatio como el límite máximo de potencia para ser considerado autogenerador a pequeña escala. A través del **Decreto 1073 de 2015** se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, el cual sería adicionado posteriormente por el **Decreto 2143 de 2015**, siendo este último el que fija los lineamientos para acceder a los incentivos de la Ley 1715 de 2014, asignando de manera detallada los requisitos y demás lineamientos dirigidos a regular los cuatro incentivos traídos por la Ley. Igualmente, ordena al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expedir la reglamentación pertinente a la certificación de Beneficio Ambiental, como requisito necesario para acceder a los incentivos. Finalmente, manda a la upme a reglamentar sobre los trámites y requisitos para registrar los proyectos de fnce.

La **Resolución 1283 de 2016** del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, establece el procedimiento y los requisitos para la expedición de la certificación de beneficio ambiental por nuevas inversiones en proyectos

de Fuentes No Convencionales de Energías Renovables (fncer) y gestión eficiente de la energía, para obtener los beneficios tributarios de que tratan los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Ley 1715 de 2014. Este decreto establece los requisitos específicos, así como los procedimientos administrativos tendientes a la obtención del Certificado de Beneficio Ambiental, atendiendo a cuál de los incentivos se desea acceder.

El **Decreto 348 de 2017**, modifica el Decreto 1073 de 2015 en lo que respecta al establecimiento de los lineamientos de política pública en materia de gestión eficiente de la energía y entrega de excedentes de autogeneración en pequeña escala. A través de este decreto, se implementan lineamientos de política energética en materia de sistemas de medición y se establecen los parámetros para ser considerado autogenerador a pequeña escala, siendo estos (artículo 2.2.3.2.4.7):

1. La potencia instalada debe ser igual o inferior al límite máximo determinado por la upme para la autogeneración a pequeña escala.
2. La energía eléctrica producida por la persona natural o jurídica se entrega para su propio consumo, sin necesidad de utilizar activos de uso del Sistema de Transmisión Regional y/o Sistemas de Distribución Local.
3. La cantidad de energía sobrante o excedente podrá ser cualquier porcentaje del valor de su consumo propio.
4. Los activos de generación pueden ser de propiedad de la persona natural o jurídica o de terceros y la operación de dichos activos puede ser desarrollada por los propietarios o por terceros.

Igualmente, se fijan las condiciones para la conexión y entrega de excedentes de autogeneración a pequeña escala. En este contexto, ordena a la creg regular como dichos excedentes deben ser remunerados.

La **Resolución 167 de 2017** de la creg, define la metodología para determinar la energía firme de plantas eólicas. Finalmente, la **Resolución 030 de 2018** también de la creg, se erige como una de las normas más recientes e influyentes de la autogeneración de energía a partir de fncer , toda vez que es

la que regula los mecanismos para remunerar económicamente los excedentes energéticos producidos por los autogeneradores en pequeña escala, así como de la energía entregada por los generadores distribuidos, logrando con esto un incentivo más que ayuda para propulsar la implementación de las fncer .

2. Democratización de la producción de la energía eléctrica

Para poder iniciar este aparte, hay que partir por comprender qué se entiende propiamente por democratización y cómo se manifiesta esta en los diferentes campos sociales ¿Qué es entonces la democratización?

La Real Academia Española define que democratización es la “acción y efecto de democratizar”. Por su parte, democratizar lo define como “hacer demócratas a las personas o democráticas las cosas” (Real Academia Española, 2014b).

Ahora bien, la democracia en términos generales consiste en un mecanismo de organización social, en la que los individuos participan de diferentes formas en las disímiles decisiones que les atañe. La rae (2014a), define democracia desde diferentes acepciones:

1. Forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos.
2. País cuya forma de gobierno es una democracia.
3. Doctrina política según la cual la soberanía reside en el pueblo, que ejerce el poder directamente o por medio de representantes.
4. Forma de sociedad que practica la igualdad de derechos individuales, con independencia de etnias, sexos, credos religiosos, etc.
5. Participación de todos los miembros de un grupo o de una asociación en la toma de decisiones.

Hay que entender que democratizar algo no implica per se ausencia de democracia, puesto que los diferentes campos susceptibles de ser democráticos pueden ser mejorados y por consiguiente, pueden aproximarse aún más a lo que se entiende por democracia; esto dado a través del proceso evolutivo de las sociedades; sin embargo, es osado afirmar si en dicho camino

se mejora o desmejora, toda vez que la apreciación de los cambios en más o menos democráticos está supeditada al entender de cada sujeto.

A estos procesos de evolución de la democracia, Samuel P. Huntington (1991) los define como olas de democratización en su libro *La tercera ola*, la democratización a finales del siglo xx la define en los siguientes términos:

Una ola de democratización es un conjunto de transiciones de régimen no democrático a otro democrático, que ocurren en determinado periodo de tiempo y que superan significativamente a las transiciones en dirección opuesta durante ese mismo periodo. Una ola también implica habitualmente la liberación o la democratización parcial en sistemas políticos que no se convierten por completo en democrático. (Huntington, 1991, p.29)

La democratización se define, entonces, como aquel proceso que involucra hacer democracia, o aproximarse más a la esencia misma de la democracia; en este sentido, todo fenómeno social es susceptible de ser democratizado. Es por lo mismo que el análisis de las formas de cómo se manifiesta esta acción, varía dependiendo del punto de vista o el ámbito de aplicación.

De acuerdo con lo anterior, cuando hablamos del fenómeno de la democratización respecto a la generación de energía eléctrica, no implica que este régimen no sea democrático, sino que es susceptible de ser democratizado; es decir, aproximarse aún más a la noción de democracia. Si democracia es una herramienta para organizar la sociedad y tomar decisiones teniendo en cuenta la participación de los individuos y sus derechos, se podría decir que a mayor integración, más democrático. Por ende, si el sistema eléctrico actual y sus reformas incentivan y fomentan la participación directa o indirecta de sus suscritos, en efecto, este se estaría democratizando.

Es así como en un momento determinado la electricidad llega a Colombia, creando una nueva necesidad en los hogares y la industria, exigiendo de las circunstancias el inicio de una carrera por la democratización de la electricidad. Luego la electricidad sería asumida como un servicio público;

posteriormente, en la década del noventa se fortalecieron las instituciones relacionadas y se erigieron y reforzaron los principios dogmáticos entorno a la energía eléctrica. Todos estos cambios constituyen claras muestras de como un mismo campo se puede democratizar cada vez más. Actualmente, la Ley 1715 se enfoca a las fuentes que proveen de energía a la nación, además de posibilitar una reestructuración profunda en cuanto a la generación de energía eléctrica, convirtiendo a los individuos en potenciales productores energéticos, implicando consigo el fomento para que aquellos que no tenían acceso al Sistema Eléctrico Nacional ahora puedan soñar con noches iluminadas. Estos objetivos, de ser cumplidos, serían un importante acto de democratización en el nicho eléctrico.

Ahora, en la democratización del sector generador de energía no solo interviene el factor tecnológico, sino la mutación de los preceptos establecidos en materia jurídica y dogmática. En este sentido, el poder regulador del Estado afecta positiva o negativamente estas transformaciones. El régimen normativo citado a lo largo del presente artículo propende, al menos en la teoría, por democratizar los procesos de producción energética a través de incentivos que promuevan la autogeneración a pequeña escala, diversificando los actores del Sistema Eléctrico Nacional y trayendo consigo múltiples beneficios, no solo para las personas, sino para el Estado mismo.

El Legislador concluyó la obligación de reestructurar las bases del sistema productivo energético, toda vez que vislumbró aquellas necesidades que podían llegar a ser suplidas a raíz de los nuevos preceptos sociales, tecnológicos y económicos. Se resaltan entonces, los principales factores identificados por estas corporaciones legislativas que, según estas, son susceptibles de ser democratizadas, las cuales son traídas como el objeto general a desarrollar del proyecto de Ley 096 de 2012:

1. Vulnerabilidad eléctrica por concentración de la generación en la energía hidroeléctrica y gas natural.
2. Límites ambientales y contaminación local: Saturación de cuencas por emisiones de la quema de combustibles fósiles.

3. Inequidad en el abastecimiento, en el acceso y en el pago por los servicios energéticos.
4. Concentración de la propiedad y de la gestión energética en muy pocos actores.

Cada uno de estos factores contribuye a evidenciar los niveles a la necesidad de la sostenibilidad ambiental, política y social de la actual política energética. La sumatoria de ellos se expresa en los niveles de inconsistencia de la política pública para plantear una propuesta al país en donde cada colombiano tenga la oportunidad de acceder a generar su propia energía y a ser parte del Sistema Interconectado Nacional no sólo como usuario sino también como autogenerador y generador. (Congreso de la República, 2012, p. 25)

Al analizar los razonamientos que sustentan la motivación de la Ley 1715 citada en el párrafo anterior, así como su contenido mismo, esta norma implica diferentes mandatos que responden a ese llamado y que, de ser materializados, resulta evidente su contenido democratizador; en el capítulo primero resalta la importancia de esta Ley para la “seguridad del abastecimiento energético”, clave como pieza para la democratización del sector. El capítulo segundo de la Ley contempla entonces la entrega de los excedentes energéticos de los autogeneradores, con lo cual se abre un nuevo abanico de posibilidades para las personas. Se promueve el reemplazo del uso de diésel por el uso de fnce en las Zonas No Interconectadas, lo cual debería traducirse en un mejor servicio en estas zonas, más eficiente y más barato. En el capítulo tercero son traídos los cuatro incentivos ya acotados que propenden para que las personas hagan parte activa del proceso de cambio del sistema eléctrico, en el que a través de estos beneficios, la implementación de estas fuentes resulta en un acto rentable y, por lo mismo, llamativo para cualquier persona. A través de estas medidas, el Estado colombiano exhorta la creación de nuevos intervinientes en la producción energética del país, convirtiendo a la población en un posible motor energético. Con la instalación de fnce, no solo se estaría beneficiando el inversionista, sino que a través de la entrega

de los excedentes energéticos del autogenerador se estaría surtiendo el Sistema Eléctrico Nacional, e igualmente, no se dependería en tanta medida de las fuentes tradicionales caracterizadas por su inestabilidad. Lo anterior implicaría un mejoramiento en las condiciones de los individuos y del Estado al mismo tiempo, lo cual, de materializarse, democratizaría la forma como se produce y se presta la energía eléctrica en Colombia.

Sin embargo, esta Ley, los decretos reglamentarios y demás disposiciones relacionadas, solo muestran un deber ser, el cual está lejos de verse materializado, puesto que si bien la inversión en la industria generadora de energía eléctrica a partir de fuentes no convencionales de energía se ha visto incrementada, siguen siendo los mismos protagonistas tradicionales los que han sabido aprovechar estas políticas de Estado. Por el contrario, el papel que desempeña el conglomerado en su papel de autogenerador, es tenue e ineficiente respecto a los objetivos que impulsaron a la promulgación de la Ley 1715 de 2014.

De llevarse a cabo, todos estos cambios, tanto jurídicos como tecnológicos, pueden disrumpir por completo la forma en como los países sustentan la producción energética. Adicionalmente, la implementación de las fuentes no convencionales de energía trae consigo cuantiosos beneficios a las Zonas No Interconectadas, que en cuestión de democratización, es un avance significativo puesto que garantizaría los pilares fundamentales y constitucionales del servicio, acercándolo a esa esencia de la democracia.

Por último, las circunstancias ambientales del planeta, la evolución social a nivel global, las nuevas tendencias macroeconómicas así como el avance tecnológico, son los motivos fundamentales para que las fuentes renovables de energía se erijan como el principal motor de cambio de las economías de los países. Al respecto, la Ley 1715 se traduce como un mecanismo tendiente a incorporar dichas fuentes en la realidad colombiana, trayendo consigo importantes beneficios económicos y sociales no solo para los individuos, sino para el Estado mismo, democratizando al sector de la generación eléctrica nacional.

Con todo y esto, el derecho, en su interpretación y aplicación, exige de la abogacía un rol activo en los procesos de transformación social, tal y como es el caso de la implementación de los mandatos antes colegidos en materia energética, siendo además un nuevo campo de acción del ejercicio jurídico.

Referencias

- Colombia. Congreso de la República. Ley 142 de 1994.
Colombia. Congreso de la República. Exposición de motivos Ley 142 de 1994.
Colombia. Congreso de la República. Ley 143 de 1994.
Colombia. CREG. Resolución 116 de 2003
Colombia. Congreso de la República. Proyecto de Ley 096 de 2012.
Colombia. Congreso de la República. Ley 1715 de 2014.
Colombia. Ministro de Minas y Energía. Decreto 2469 de 2014.
Colombia. Ministro de Minas y Energía. Decreto 1073 de 2015.
Colombia. Ministro de Minas y Energía. Decreto 2143 de 2015.
Colombia. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Resolución 20151300057005 de 2015.
Colombia. cr eg. Resolución 024 de 2015.
Colombia. upme. Resolución 281 de 2015.
Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 1283 de 2016.
Colombia. Ministro de Minas y Energía. Decreto 348 de 2017.
Henry, J. & Heinke, G. (1999). *Ingeniería Ambiental*. Segunda Edición. México: Pearson Educación.
Huntington, S. P. (1991). *La Tercera Ola. La democratización a finales del siglo Xx*. Barcelona, España: Paidós.
Real Academia Española. (2014a). Democracia. En *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=C9NX1Wr>
Real Academia Española. (2014b). Democratizar. En *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=C9crid5>

Bibliografía recomendada

- Ministerio de Minas y Energía, & Unidad de Planeación Minero Energética -upme- (2015). *Integración de las energías renovables no convencionales en Colombia*.
Ochoa, F., Francisco, J., Smith, R., & Villegas, L. J. (2002). Orígenes, evolución y retos. Un siglo de desarrollo 1882-1999. Medellín, Colombia: Interconexión Eléctrica S.A.
Universidad eafit (2014). El nacimiento de la interconexión en Colombia. Memoria Empresarial. Recuperado de <http://envivo.eafit.edu.co/memoriaempresarial/el-nacimiento-de-la-interconexion-en-colombia/>
Vélez, L. G. (2011). *Economía General, Historia Económica, Pensamiento Económico, Regulación Económica, Servicios Públicos, Economía Institucional. Y otras cosas*. [Blog]. Recuperado de <http://luisguillermovelezalvarez.blogspot.com.co/2011/09/breve-historia-del-sector-electrico.html>.

Semblanza de Hernando Devis Echandía

Jaime Alberto Arrubla Paucar

Jaime Esteban Arrubla Devis

Recepción: 07/04/2018 • Aprobación:28/09/2018 • Publicación: 19/12/2018

Las migraciones del siglo XIX

Durante el siglo XIX sucede una gran migración hacia Colombia desde el lejano Oriente, ocasionada por los grandes conflictos que se presentaban en países como el Líbano. Los hermanos Dahaavis se encontraban en ese grupo de inmigrantes que llegaron en barco al Puerto de Barranquilla, buscando dónde radicarse para emprender una nueva vida. Al llegar al puerto, uno de ellos falleció y los otros se registraron en nuestro país abreviando un poco su apellido árabe, para hacerlo más sonoro y concretado simplemente en la expresión *Devis*. Isaac no permaneció en la costa Caribe y emprendió viaje hacia el interior del país, remontando el río Magdalena hasta llegar a Girardot. De allí se dirigió a Chaparral, Tolima, donde se asentó.

En la población del Chaparral instaló una tienda de abarrotes y conoció a una joven miembro de una de las familias tradicionales y prestantes de la población, doña Petronila Echandía, con quien contrae nupcias y conforman la familia Devis Echandía, en cuyo seno nace Hernando y varios de sus hermanos uterinos. Doña Petronila muere de parto, cuando Hernando contaba con siete años de edad. El padre hace maletas y se va a probar suerte en Bogotá, dejando a sus hijos menores al cuidado de sus tías.

La formación profesional

Cuando Hernando llega a la edad de ingresar a la Universidad, uno de los jefes familiares de la línea materna, el maestro Darío Echandía, consagrado como

uno de los importantes jurisconsultos del país, influye para que su sobrino proceda a adelantar sus estudios de Derecho en la Universidad Nacional de Colombia, en la ciudad de Bogotá.

La universidad pública y ser hijo de inmigrantes marcan la forma de pensar en el joven universitario, quien se ve atraído por las ideas liberales y por un sentido social y democrático en su concepción de la sociedad de la época.

El 19 de abril de 1941 se gradúa de abogado en la Universidad Nacional y en 1943 aparecería su primera obra jurídica; pero no sería hasta cuatro años después cuando daría sus primeros plumazos en la materia a la cual luego dedicaría toda su vida, el Derecho Procesal. Y es que antes de eso había escrito sobre temas tan diversos como: *Características esenciales del derecho civil moderno. Régimen de las aguas en derecho colombiano, y Gravámenes sobre la propiedad raíz*, y otros textos variados de menor extensión. Esto nos dice que no fue un hombre de aquellos que caen en el peligro y la facilidad de la especialidad, de la fragmentación del conocimiento y del Derecho. Hernando Devis será ante todo un jurista de carácter universal en Derecho.

Efectivamente, no solo el Derecho Procesal fue objeto de preocupación y análisis para este gran jurista; sus estudios de Derecho Civil son prolijos y avanzados para su tiempo. La crítica que desde los años cincuenta le hace a los postulados liberales de la autonomía privada, en el Derecho de Obligaciones, que realiza desde la Universidad Nacional y que se publica también en la revista del Colegio de Abogados de Medellín, sigue plenamente vigente y es objeto de análisis y reflexión en nuestro medio.

La consagración del jurista y escritor

Perfilar a Hernando Devis Echandía en su amplia trayectoria, implica un ejercicio de múltiples proporciones, debido precisamente a la naturaleza polifacética de este especial personaje hispanoamericano del siglo Xx.

Comencemos por referirnos al jurista consagrado prácticamente desde el momento que egresa de la Universidad. Adelantábamos nuestros estudios

de Derecho en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín en los años setenta, cuando escuchamos la primera referencia al maestro Devis Echandía, en la cátedra de Teoría General del Proceso; el profesor de la materia se refirió al tratadista colombiano, posicionándolo a la altura de los grandes del Derecho Procesal en el mundo entero. Pronto comprendimos las razones de su dicho cuando advertimos la dimensión de su obra, su magnífico *Tratado de derecho procesal civil*, aparecido en la década del sesenta, el *Compendio* que habría de seguirle para hacerlo accesible al público universitario y muy especialmente sus *Nociones generales del derecho procesal civil* y su *Teoría general de la prueba judicial*; obras científicas, con una moderna dogmática procesal de “desnuda abstracción teórica” sin alusión a ningún sistema jurídico en particular, universales, que serían el referente para los desarrollos del Derecho Procesal en la segunda parte del siglo XX., citadas y conocidas en todo el mundo hispanoamericano.

La influencia del distinguido maestro en el contexto nacional no era menor; desde la década del cincuenta se convirtió en el principal tratadista del renacer del Derecho Procesal en Colombia; su tratado marca la huida de una tendencia procedimentalista del proceso, que se encuadraba en el estudio exegético de las disposiciones del antiguo Código Judicial, hacia el verdadero y real procesalismo, edificado bajo los postulados de un estado social y democrático de derecho. Su escuela se concreta en el Código de 1971, en gran parte de su redacción, que influye considerablemente en una nueva concepción del Derecho Procesal colombiano y en los códigos que le siguen en el contexto latinoamericano, con un fundamento nomoárquico impecable que hoy en día no ha sido superado.

El Código de Procedimiento Civil Colombiano de 1971, que estuvo vigente hasta enero de 2016, y que muchos de sus principios y contenidos pasan en el Código General del Proceso, sin duda obra insigne del profesor Devis Echandía, con la participación de importantes colaboradores como lo fue el doctor Hernando Morales Molina, cumple con esta premisa que ya

advertía el maestro desde sus publicaciones, y concretó en nuestro país el paso del procedimentalismo hacia un sistema de Derecho Procesal moderno, más humano y garantista.

Pero esta no fue su gran obra, es más, nos atreveríamos a decir que fue el más modesto de todos sus logros. Distinto al pensamiento de muchos, no fue más que el resultado de años inagotables de producción de conocimiento. Su real y verdadero aporte a nuestro país se manifestó en los auditorios nacionales e internacionales desde el podio donde compartía su sabiduría, por supuesto en sus libros, pero también en las aulas de clase de innumerables facultades de Derecho; bien se dijo en el Vigésimo Tercer Congreso de Derecho Procesal, 2002, organizado en su homenaje, Charry Rivas, Dagoberto. Universidad Externado de Colombia e Instituto Colombiano de Derecho Procesal: “El doctor Devis creaba derecho en sus clases”.

El Derecho Procesal, su forma de vida

Su concepción sobre la razón de ser del proceso era definitiva y trascendente; ya advertía en la introducción de sus *Nociones Generales*, que:

Sabemos que no puede concebirse la existencia de una sociedad humana sin conflictos de intereses y de derechos, porque las normas jurídicas que la reglamentan son susceptibles, por naturaleza, de ser violadas y, algo más, esas violaciones son de ocurrencia casi necesaria y continua, dadas las limitaciones y supuestos los efectos propios de toda persona, que hacen imposible la idea de una vida de relación sin choques, sin querellas, sin disparidad de pretensiones y conceptos [...] De manera que ante tales hechos solo caben dos soluciones: o permitir que cada uno persiga su defensa y busque aplicar lo que entienda ser su justicia, personal y directamente, o atribuir al Estado la facultad de dirimir tales controversias. De ahí la existencia del Derecho Procesal que, en cuanto su origen o causa primaria, responde a una necesidad, que es la de encausar, mediante la intervención del Estado, la acción de los asociados en el deseo de proteger sus intereses contra terceros y contra el mismo grupo...

En la Revista Universitas, enero-diciembre de 2012, de la Universidad Javeriana, uno de los nietos del maestro Hernando Devis Echandía, coautor de esta crónica, Jaime Esteban Arrubla Devis, relataba en el discurso de la instalación de la Cátedra Hernando Devis Echandía:

Ya cursando la carrera de Derecho en la Universidad Javeriana, me encontré un día en medio de una gran y vieja biblioteca, plagada de innumerables e invaluable obras jurídicas, pero especialmente de la ciencia del Derecho Procesal. En esta me topé con una gran pila de hojas que apenas se encontraban unidas, no tenían pasta, ni portada, era un texto completamente desnudo y amorfo; este se encontraba repleto de tachones y notas al margen hechas, algunas con lápiz y otras en tinta, sobre lo que parecía un extenso articulado en hojas tamaño carta y en máquina de escribir. Parecía más que un libro, un ensayo hecho por un estudiante de primaria recién corregido por su profesor. Luego vi que como este había varios, todos de la misma extensión y edición. Eran copias casi idénticas, todos llenos de polvo y sus hojas expresaban la inequívoca imagen de aquellas que han sido manoseadas y rumiadas hasta el cansancio, como Biblia de abuela antioqueña. Esta era la biblioteca de Hernando Devis Echandía, los textos eran borradores de lo que aún hoy es nuestro Código de Procedimiento Civil, hechos en su antigua máquina de escribir con la que se encerraba horas, días y hasta semanas; había correcciones sobre correcciones, con la que sin lugar a dudas era su letra, que impregnaba de lado a lado, página a página, lo que evidentemente era el esfuerzo incansable por llevar su obra a la perfección. Ese era su código, de su puño y letra. Ese día tuve un íntimo encuentro con mi abuelo, con su trabajo, con su legado, con su amor por el Derecho y su pasión por el procedimiento.

Fue un jurista íntegro; sus obras iusprocesalistas, alrededor de 15 números, eran textos que giraban en la esfera del Derecho Procesal, siempre estaban impregnadas de filosofía, sociología, y un profundo entender de la ética y la moral, así como un gran sentido de lo práctico. Además, su obra está escrita con una claridad cristalina, con la simpleza de la genialidad y la elocuencia de la experiencia.

Fue un hombre que dedicó su vida al Derecho Procesal, sí, pero esta empresa no la dirigió desde el dogmatismo, no como un fenómeno simplemente descriptivo, meramente positivo, no era un nomotecnista, como se diría en el citado Congreso celebrado en 2001. No, el maestro Devis abordó el Derecho Procesal desde el ser humano, del hombre, como aquel sujeto que se rinde ante la administración para encontrar justicia; no desde las normas, sino desde la persona. Su objetivo fue siempre el de humanizar el Derecho Procesal, de nutrirlo de principios y valores humanos, de acercar, en definitiva, a la justicia y al justiciable. Como diría el moralista francés, Luc de Clapiers, Marqués de Vauvenargues, ya en el siglo XVIII : “Solo se puede ser justo siendo humano”. Esto, Hernando Devis lo entendía a la perfección. En uno de sus discursos leído para la clausura de las ceremonias de conmemoración del siglo de vigencia de la Ley Provisional de Organización Judicial Española, publicado en la Revista Pretor de España, 1970, y en *Principios fundamentales de derecho procesal penal*, 1981, y en *Estudios de derecho procesal*. T.I. de la Editorial ABC, Bogotá, en 1979, diría con gran acierto, en el aula máxima de la histórica Universidad de Salamanca:

La solución de los conflictos debe ser buscada y obtenida teniendo en cuenta la realidad humana étnica, social y geográfica de las decisiones respecto a los conflictos concretos entre pobres y ricos, poderosos y débiles, cultos e ignorantes, en forma que esas desigualdades reales no impidan una verdadera igualdad de oportunidades para obtener el fácil acceso a los tribunales, una verdadera oportunidad de buena defensa e iguales oportunidades prácticas para lograr así la verdadera justicia judicial en los casos concretos y la mayor humanización de ella.

Aun hoy, luego de los trabajos exhaustivos de tantos tratadistas, desde Wach hasta Devis, el Derecho Procesal parece propiedad exclusiva de unos pocos. Por ello aún persiste aquel erróneo creer entre algunos de que el Derecho Procesal es Derecho adjetivo, como mal lo describirían procesalistas de antaño, y así mismo, consagrados juristas en la actualidad ignoran la

importancia sustantiva, aunque instrumental, del Derecho Procesal. Dando preponderancia al derecho sustantivo, porque lo demás, dicen, no es más que mero trámite. A ellos, Devis hoy diría con gran claridad:

“Si las normas sustanciales no están reglamentadas en forma eficaz y práctica en procedimientos procesales obligatorios, quedan convertidas en románticas y, en ocasiones, en mentirosas y engañosas declaraciones políticas”. Los estudiantes de Derecho debemos ser cautelosos, críticos, a la hora de acercarnos a esta riquísima disciplina, y esta obra es el vehículo ideal. Devis se ocupó, no del Derecho Procesal como un simple trámite, sino como medio eficaz para hacer valer el Derecho, y para ello este debía ser útil, práctico, por un lado, y justo, por el otro. Por ello se ocupó primordialmente del contenido del Derecho Procesal, de los principios; fue un abanderado de los principios en el entendido de que sin estos nunca podría haber verdadera justicia.

En el prólogo de la obra *Nociones de derecho procesal civil*, 2009, Jaime Guasp, eximio procesalista español, escribía:

No solamente para Colombia, donde de ese modo pasa a ocupar un relevantísimo puesto en la línea de los ordenamientos preocupados del Derecho Procesal, sino para todos los países, la obra actual de Hernando Devis Echandía es de una valía cuya ponderación favorable rebasa, por su volumen, los adjetivos habitualmente usados en ocasiones como esta. No nos damos cuenta, del todo, de hasta qué punto los conceptos generales, que habríamos de afinar y pulir diariamente, los dejamos enmohecer, no por el desuso, sino, al contrario, por su manejo diario, que no deja tiempo para cuidarnos de ellos ni nos damos cuenta de cómo semejante desatención pone en peligro la base misma de nuestra disciplina o de cualquier otra.

En nuestro país los principios están cayendo en desuso, no solo en nuestra disciplina sino en todas. De ahí la importancia de esta obra colosal, que debe mantenerse vigente en todas las épocas. Con la nueva colección literaria que lanzó hace algunos años la Facultad de Derecho de la Universidad

Javeriana, denominada *Clásicos jurídicos colombianos*, inaugurada con la obra de Hernando Devis Echandía, se busca mantener vigente el pensamiento clásico, porque sí, como bien lo ha dicho el doctor Jairo Parra Quijano en tantas ocasiones, su obra es un Clásico del Derecho. Porque lo general es fundamental, y no podemos seguir cayendo en el error de la especialidad, en la que nos concentramos en un punto fijo y perdemos toda perspectiva. Hay que saber el contexto y desde dónde observamos, escribimos, leemos y, más importante, desde dónde se está enseñando. En esto mismo se fundamenta la creación de la Cátedra Hernando Devis Echandía, que busca impulsar el estudio, la investigación y difusión de un Derecho Procesal más humano, pero práctico, rico en principios, pero moderno.

Es pertinente citar al doctor Fernando de la Rúa, procesalista argentino, quien fuera su colega y amigo. En el prólogo que escribió, 2012, coedición de las editoriales Temis y de la Facultad de Ciencias, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, para el relanzamiento del *Compendio de Derecho Procesal*, que muy acertadamente denominó *Evocación*, expresó:

En sus discursos y debates demostraba sus profundos conocimientos. Tenía una visión de alto vuelo jurídico, pero a la vez de hondo sentido práctico. No se dejaba enredar por las teorías, que dominaba, pero no olvidaba al hombre común que demanda justicia. Su activo ejercicio de la abogacía lo acercó siempre a la realidad del proceso, ése que no es una abstracción sino la obra de abogados y jueces en lo concreto, donde se ven las realidades de la vida.

En cuanto a la obra en particular, este jurista y expresidente de la República Argentina, en el mismo *Compendio de Derecho Procesal*, diría que:

“Al Código pudo llevar sus ideas principales, ya contenidas en sus libros: las relaciones entre acción y jurisdicción; las medidas para evitar la dilación del proceso; la conciliación; la intervención del juez en la formación de la litis y su rol en la producción y valoración de la prueba; la amplitud del recurso de casación. No fue un escritor apacible. Su creación se desenvuelve a grandes

pasos. El abogado ejercitado en el pleito y autor de notables escritos defensivos, toma distancia para observar la realidad como jurista y describirla a la vez con el ritmo febril del litigante y la sabiduría del maestro.

Hay que decir que su obra jurídica sigue vigente y es de gran utilidad en la actualidad. Conceptos como la independencia judicial, la dicotomía entre oralidad y sistema escrito, las falencias de nuestro sistema judicial en su organización y su participación en la asignación del gasto público, la imperatividad o no del principio de doble instancia. También sus consideraciones respecto de la validez de la prueba ilícita. Todo ello pareciera escrito para nuestra realidad jurídica y política actual.

Como bien se dijo, no era un hombre que cayera en dogmas, buscaba la utilidad de la norma, en función del actor o del contradictor, no la teoría por la teoría. Bien decía, en un ensayo denominado *La contribución de la sociología a la reforma de las leyes procesales*, 1984, Editorial Comares de España, que “los principios teóricos que no obtienen una aplicación real y práctica en los casos concretos, solamente sirven como adornos florales para disimular las deficiencias e injusticias que en su aplicación se producen” y seguía: “Es importante, promulgar buenas normas, sustanciales y procesales, en las Constituciones y leyes, pero lo es más hacerlas realidad en la vida social e individual”. Este es un gran choque de realidad que viven los estudiantes de esta profesión; luego de una primera mitad de carrera rica en teoría, principios, valores, e infinitas normas, se encuentran luego con la desilusión de lo que aparece, pero no es del todo; las primeras incursiones laborales, el consultorio jurídico, cuando dejan de conocer y empiezan a aprender verdaderamente, quisieran que todo funcionara como en la teoría.

La visión de la oralidad en el proceso

Su visión del Derecho Procesal siempre fue futurista, adelantada a su tiempo. En el año de 1970, ante el Congreso Iberoamericano realizado en Bogotá, Devis Echandía señala:

Sin la menor duda, el proceso ideal debe ser oral; así habrá mayor concentración, verdadera inmediación, más celeridad, en general, mejor justicia; apenas se justifica mantener el escrito para la demanda y su respuesta. Pero para que el proceso oral marche bien y no fracase es indispensable aumentar el número de jueces (por el procedimiento oral, cada juez debe tramitar menos procesos que por escrito), dotar los despachos judiciales con mejores locales, suministrar grabadoras magnetofónicas y empleados que las manejen o en subsidio taquígrafos expertos, todo lo cual exige un aumento sustancial del presupuesto de gastos de la justicia que nuestro país, como prácticamente todos los latinoamericanos, no está en condiciones de soportar por ahora.

En la actualidad nos preguntamos si habremos superado los problemas que observaba el maestro Devis hace cuarenta años, para implementar la oralidad. Creemos que la realidad de lo que pasado con el sistema acusatorio nos brinda la respuesta.

Así, tanto en su obra *Compendio*, como en *Nociones*, y en *Principios Fundamentales de derecho procesal penal*, se refirió a la importancia de la oralidad, a esta como un “deber ser”, pero también a su inconveniencia por su inaplicación en ese momento histórico, y es que ¿de qué valdría un sistema que no podría aplicarse? Sin embargo, en *La contribución de la sociología jurídica a la reforma de las leyes procesales*, 1984, diría en favor de la oralidad que

en el proceso oral la concentración e inmediación operan de manera perfecta, el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, dispone por último, de una mayor actividad y más amplias facultades. Todo esto permite un mayor predominio de los principios inquisitivos, de la inmediación y de la concentración, la celeridad y la economía procesal.

Abogó por un sistema mixto pero predominantemente oral, pues la superioridad de este sistema ayuda a impedir dilaciones y entorpecimientos del proceso; decía Séneca que: “Nada se parece tanto a la injusticia como la

justicia tardía”, y ello sucede con el procedimiento escrito. Además, apuntó a la importancia aún más marcada de la oralidad en el proceso penal, como lo expresaría en la V versión de las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebrada en Bogotá, en 1970, y en su obra *Principios fundamentales de derecho procesal penal*, y ello es hoy una realidad con la Ley 906. En *La contribución de la sociología jurídica a la reforma de las leyes procesales*, 1984, diría sobre la intermediación en el proceso penal que

es fundamental la mayor intermediación del juez con las partes, para en lo posible conocerlas, entenderlas y comprender el aspecto humano de su problema; menos arrogancia y distanciamiento del juez frente a las partes, para un trabajo en equipo, mejor como en una especie de mesa redonda que desde la altura intimidante de su tribuna.

La defensa de la independencia judicial

De igual manera enfatizó en un tema que hoy es de gran actualidad: La independencia judicial, un principio que se da por sentado, pero que en realidad de verdad se encuentra resquebrajado al interior de nuestro estado de derecho. En el *Compendio de derecho procesal* recalcó en la importancia de que los jueces, funcionarios

de tan delicada y alta misión puedan obrar libremente en cuanto a la apreciación del derecho y de la equidad, sin más obstáculos que las reglas que la Ley determine en cuanto a la forma de adelantar su conocimiento y proferir su decisión, que se refieren bien sea al procedimiento que han de seguir o a las pruebas que deben apreciar [...]. Un Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes o legisladores, deja de ser un Estado de Derecho.

Qué tan importante es este principio en los últimos tiempos en que la justicia se ha visto atacada por los demás poderes públicos; que desdican de la labor que cumplen los jueces, que los acusan públicamente de actuar con criterios políticos. Qué mal mensaje a la sociedad cuando el Poder Ejecutivo

no respeta la tarea que cumplen sus jueces; qué mal mensaje para los que estudian Derecho; que la sensación de que algo anda mal en el Poder Judicial. Qué difícil volver a rescatar la buena imagen de la justicia. Qué daño tan grande a una democracia.

La independencia del Poder Judicial la predicó y defendió hasta el cansancio. En homenaje al profesor uruguayo Eduardo J. Couture, en el que participara en 1977, advertía que la creación de jueces independientes, era precisamente una tutela que el Derecho Procesal brindaba a la persona humana. Advertía:

Justicia política es la negación de la verdadera justicia. La política corrompe cualquier sistema de justicia judicial, como un cáncer incurable que se esparce incontenible por todo el organismo; del prevaricato político al prevaricato por intereses patrimoniales solo hay un paso. Sin independencia verdadera del órgano jurisdiccional, no puede existir verdadera imparcialidad de sus funcionarios. Por eso estos principios fundamentales están entre los indiscutibles e indiscutidos del Derecho Procesal moderno.

La defensa de la independencia judicial será de allí en adelante su constante permanente. En la siguiente década pronunciaría en el Congreso de Derecho Procesal que se adelantaba en Medellín, un elocuente discurso crítico, en el que sostuvo que no puede hablarse de independencia judicial, si no se garantiza una participación mínima y decorosa en el presupuesto nacional y propone que esta se señale por reforma constitucional. La independencia judicial para el maestro comporta un salario justo para el juez, que le brinde el estatus social acorde a su misión; con salarios de miseria no hay la tranquilidad psicológica para desempeñar la función judicial. La independencia se ve amenazada por los grupos delincuenciales y por la misma prensa hablada y escrita.

Crítica a doble instancia

Plenamente en boga el tema de la doble instancia a raíz de los juicios a los

aforados por la Constitución de 1991, que juzga la Corte Suprema en única instancia, se viene señalando en el país que con este proceder se violan derechos fundamentales de los justiciables. En forma premonitoria el maestro Devis ya había abordado el tema relacionado con el principio de doble instancia; le asistía la razón cuando decía que existen mayores garantías en órganos judiciales plurales. Hoy, dentro del eterno juego político que termina llevándose consigo al ordenamiento, en la inescrupulosa manipulación de principios en favor de unos pocos, se ha pretendido universalizar el principio de doble instancia, una figura que la doctrina, aunque manteniéndola como principio, ha matizado, y así lo haría Devis, al señalar en su obra *La contribución de la sociología jurídica a la reforma de las leyes procesales*, 1984:

Estamos convencidos de que da más garantía una sola instancia ante tres magistrados, que constituyan salas de decisión dentro de tribunales seccionales, distribuidos en el país en circunscripciones territoriales mejor pequeñas que extensas, que dos instancias cuando la primera se tramita ante jueces unipersonales. Además, el sistema que proponemos terminará con la injusticia social que existe con la distribución jerárquica de competencias en razón de cuantías o valores de los litigios o los ilícitos penales, pues conduce a la creación de jueces inferiores de única instancia, de primera instancia y segunda instancia, unipersonales, y a tribunales plurales ante quienes solo llegan los asuntos de mayor valor o mayor gravedad, lo cual es antidemocrático e injusto, porque conduce a que los mejores magistrados conozcan (por regla general) de los asuntos de los litigantes ricos y de los delincuentes cuyo delito sea de los más graves dejándose para la inmensa mayoría de justiciables a los jueces de menor calidad.

La justicia social

Siempre fue enfático en la importancia de que la política estatal pusiera sus esfuerzos en mejorar la justicia judicial. Diría en su ya citado ensayo sobre sociología jurídica y la reforma de las leyes procesales que

sin dotar a los jueces y magistrados de buenas remuneraciones y adecuada dignidad social dentro de la organización del Estado, paralela a la de los órganos Legislativo y Ejecutivo, no se conseguirán muchos juristas que estén dispuestos a consagrar sus vidas o parte de ellas, al apostolado y el sacrificio de administrar justicia judicial.

Y es que la carrera judicial debería ser el más honorable de los caminos, un sendero reservado para los mejores, los más consagrados, los mejor preparados, y no simplemente una opción residual de trabajo, debería ser una prioridad en la carrera de todo jurista. Porque allí podemos contribuir a la evolución y la dinámica de nuestra ciencia, y como se mencionó anteriormente, hacer un derecho funcional, útil, y no solo un conjunto de normas muertas, inertes. Diría el maestro, en la misma obra, que:

La Justicia Judicial no puede darle al país la Justicia Social que sus legisladores y gobernante le nieguen; pero sí puede hacer realidad la que estos consagren en normas abstractas e inclusive mitigar las injusticias sociales contenidas en las legislaciones locales mediante una interpretación dinámica y conforme al momento histórico presente, de las normas constitucionales, legales y reglamentarias; porque los jueces no pueden desconocer ni sustituir el derecho positivo impuesto por los legisladores, pero sí pueden interpretarlo dinámicamente para hacerlo evolucionar y producir los efectos más conformes con la justicia social a través de sus sentencias, ya que la jurisprudencia debe estar siempre en evolución creadora de acuerdo con la evolución inevitable de la realidad social, económica, política, cultural, etc., a efecto de humanizar en cuanto sea posible las frías normas sustanciales y los rígidos mecanismos judiciales.

Vemos cómo a su vez hizo una ardua crítica al capitalismo como corriente económica que mueve la administración de justicia y su organización, que deja la justicia más aceitada para resolver los litigios de aquellos que controlan grandes masas de capital. No fue precisamente al lado del capital que reflexionaba el maestro Devis, los desamparados y necesitados de justicia siempre fueron su fin predilecto.

Una vida dedicada al Derecho y a la justicia

Su personalidad fue envolvente y avasalladora, jurista enamorado del litigio como el que más, nunca permitió poner en juego su independencia profesional y académica. Cuentan que alguna vez dos distinguidos políticos de la capital lo visitaron para proponerle sellar un pacto entre intelectuales con el fin de defender propósitos comunes, loables por supuesto; con respeto, pero con decisión, les dijo que no podía comprometerse en agrupación alguna, que pudiera implicarle sacrificar su independencia de pensamiento y acción. Y así fue, y la mantuvo al punto de poder ostentar la independencia moral que un día lo llevó incluso a denunciar penalmente a la Sala Civil de Corte Suprema, por no haber invalidado un proceso, en el que con fraude, despojaban a una menor, habida extramatrimonialmente, de la herencia de su padre; los herederos, ante la imposibilidad de transar sobre el estado civil, negociaron, para que se tramitara el proceso y no se llevaran pruebas, a fin de que el resultado les fuera favorable. Al presidente de la República que lo buscó en apoyo para su reciente Estatuto de Seguridad, le tuvo que contestar que se había equivocado y que se disponía precisamente a hacer todo lo contrario.

Intelectual de rigor estricto y a veces hasta exagerado en sus dictámenes; de una extremada capacidad de trabajo. Cuentan que cuando presidía la Comisión Redactora del Código de Procedimiento, y llegaba a las reuniones, ya tenía los textos redactados para consideración de los comisionados y ya los había discutido con el profesor Hernando Morales.

La justicia siempre fue su fin predilecto, su vida fue un constante ir y venir en pos de ella. En su intervención atrás citada, como orador central en el aula máxima de la de Universidad de Salamanca, al cumplirse el centenario de la Ley Orgánica de la Justicia Española, en 1970, advertía en el siguiente párrafo, ese fervor que solo los devotos profesan a su divinidad:

Siguiendo este camino, España e Iberoamérica pueden mirar con optimismo el futuro de su justicia, que lo es a un mismo tiempo el de sus pueblos, y lograr que estos la conciban, no como una diosa implacable a la que deben temer, sino

como una figura humana, pero pura; hermosa, pero imcancillable; estricta, pero acogedora; al alcance de todos, pero fiel a cada uno; necesaria e ineludible, pero a la cual se debe amar y respetar; para que cuando haya necesidad de acudir a someterse a ella, esto se haga con confianza y buena voluntad, de manera que sus decisiones se acaten con fe en su sabiduría, en su imparcialidad y en su rectitud.

Qué importante sería para Colombia que nuestro pueblo se acercara así fuera en una mínima parte, a este sueño de justicia, que tuvo el gran maestro desde la lejanía, en ese santuario de la cultura, como se refirió a nuestra dorada Salamanca.

El destino nos llevó a compartir con él los años dorados de su vida, lleno de anécdotas y profesando una devoción absoluta por el Derecho. Convencido en su plenitud de que el proceso era el mecanismo de máxima tutela de los derechos fundamentales, fue la última intervención que le escuchamos, debatida entre su gran intelecto y su enorme congoja debido a su drama familiar, circunstancia que terminó por minar la existencia de un roble del Derecho Procesal y de la democracia colombiana.

Su argumentación era impecable. No estaban en duda las grandes bondades de la acción de tutela, como instrumento de amparo de los derechos fundamentales y la gran revolución que ha propiciado para acercar la justicia al ciudadano. Pero no puede olvidarse que la acción de tutela se encauza en el país gracias a la labor que realizan principalmente todos los jueces que componen la justicia ordinaria. Pero tampoco cabe duda que tratándose de tutela contra sentencias y decisiones de órgano límite, el tema pone a temblar en el filo del cuchillo el principio de autonomía del Poder Judicial que tanto defendió el maestro.

El proceso es la máxima garantía para la tutela de los derechos fundamentales, señalaba el maestro Devis Echandía; si no está cumpliendo su función, debe cambiarse el proceso, volverse permeable al examen de constitucionalidad, pero de ninguna manera puede tolerarse que se imponga un tercero para que realice el examen constitucional por encima del proceso,

afectando gravemente el sentido de especialidad; ello equivaldría a socavar la competencia del juez y restarle autonomía a la decisión judicial.

Mientras más demoremos en asumir la conciencia constitucional e involucrarla al proceso, será mayor el espacio cedido de la competencia de los jueces, en aras de la incursión extraña en la actividad procesal.

A buena hora este espacio en esta cátedra universitaria de su amada Tolima, que honra la memoria de quien fue grande en su patria y la hizo grande en el contexto hispanoamericano. Su entrañable Instituto de Derecho Procesal ha sido la más prolifera de sus obras, continuado y engrandecido a buena hora por su discípulo amado, es ahora el faro de las grandes reflexiones hispanoamericanas sobre la ciencia del Derecho Procesal; sin embargo, cuando le preguntaban al maestro Devis Echandía sobre su obra, con sentimiento y orgullo decía que no eran sus tratados y sus escritos sobre el Derecho Procesal, que simplemente, su mejor obra, eran sus adoradas hijas.

Estamos recordando, no a un maestro desaparecido, sino a un académico que sigue vivo entre nosotros. La historia del Derecho Procesal hispanoamericano apenas comienza con Hernando Devis Echandía. La cátedra que, con acierto instaló la Universidad Javeriana, con el apoyo y entusiasmo de su ilustre decano, el doctor Carlos Ignacio Jaramillo, que llevara su nombre, es una de las maneras que deben replicarse para mantener vivo su legado. No se trata de recordar y admirar su obra, sino de reflexionarla en sus múltiples contenidos y proyectarla al futuro; la gran riqueza en principialística con que dogmatizaba su ciencia, esta apenas por desarrollarse. Ese es su legado para las nuevas generaciones.

Para cerrar, citamos nuevamente el prólogo de Jaime Guasp, en *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, 2009, que decía:

Es admirable la extensión de su obra. Para quien como él vivía las urgencias de su tiempo, cabe interrogarse cómo lo hizo, cuándo reunió la infinita paciencia de esa producción asombrosa que si bien tiene los rápidos trazos de su estilo no carece de la profundidad del estudio. Hay en ella un manejo preciso de los conceptos y del método.

Y, en palabras escritas en la Revista de Derecho Procesal, de Panamá, país que también le debe su legislación procesal, en 2001, año de su muerte, “queda, a las generaciones presentes y a las venideras, continuar el camino marcado por este hombre extraordinario que pasó entre nosotros como un sencillo iluminador de sendas [...] La muerte no es verdad cuando se ha cumplido con la obra de la vida” (XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Dagoberto Oharry Rivas, 2002).

Presentación del libro: El lavado de activos, del maestro Hernando A. Hernández Q.¹

Constanza Vargas Sanmiguel²

Recepción: 05/07/2018 Aprobación: 28/09/2018 Publicación: 19/12/2018

“...Quisiera iniciar agradeciendo la oportunidad que el maestro Hernández me ha brindado al permitirme hacer parte de esta presentación, ya que conozco el valor que representa esta obra en su vida como fruto del desarrollo permanente y disciplinado de uno de sus principales temas de estudio. La Universidad de Ibagué y especialmente su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas se precian de tenerlo dentro de su selecto grupo de docentes.

La voz latina *docere* da origen a la palabra *doctor*; se le vincula con enseñanza y hoy, con el más alto grado académico que puede alcanzar el profesional en su disciplina; sin embargo, tengo la firme convicción de que el autor de la obra que hoy se presenta, más allá de ser doctor, es un verdadero maestro. La voz “maestro” se asigna para quien realiza sus acciones con maestría, dicho comúnmente de forma magistral, lo que implica perfección y relevancia dentro de su género. Maestro viene del latín Magister, derivado de magis (más) y antónimo de minister, minus (menos). Históricamente la voz magis siempre expresó el más alto grado de habilidades y conocimientos y solo era maestro en filosofía quien alcanzaba el más alto grado de desarrollo de pensamiento. Por eso el autor de la obra que hoy presentamos a esta

¹ El día 8 de mayo de 2017 la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué y la Academia Colombiana de Jurisprudencia, capítulo Ibagué, organizaron un evento para presentar el libro *El lavado de activos* en su cuarta edición, autoría del Maestro Hernando Hernández Quintero, profesor titular de la Universidad de Ibagué. Constanza Vargas Sanmiguel, en ese momento decana de la Facultad, dirigió al auditorio las palabras que aquí se transcriben.

² Magíster en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas. Máster en Derecho. Especialista en Derecho Penal y en Derecho Penal Económico. Abogada. Profesora asistente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué.

Para citar este artículo

Vargas Sanmiguel, C. (2018). Presentación del libro: El lavado de activos, del maestro Hernando A. Hernández Q. *Dos mil tres mil*, 20(1), 171-178. doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/20108>

comunidad académica será citado por la suscrita como el maestro Hernández, ya que a mi parecer él representa alguien que ha trabajado con perseverancia y disciplina el derecho penal económico en general, y el lavado de activos en particular, de forma magistral, con perfección e incalculable relevancia dentro de este complejo campo de estudio.

Al maestro Hernández le acompaña la gracia que todo buen ciudadano debe buscar alcanzar: la coherencia entre lo que se dice y lo que se hace, manteniendo un equilibrio entre las dimensiones que nos acompañan como ser humano, siendo su fortuna estar dotado de una gran capacidad para hacer buenos juicios a través de la comprensión profunda y su experiencia de la vida. He sido testigo del ahínco con el que emprende cada uno de sus proyectos, la energía y el tiempo que invierte en procura de que todo se lleve a cabo con éxito y calidad académica y cómo, a través del ejemplo y la perseverancia, enseña estos comportamientos a cada uno de sus estudiantes, dentro de los cuales me cuento con gusto.

El maestro ha sido reflejo de una vida de valores que son la fuerza motriz de sus acciones; por ello, los principios de los que depende su carácter son fuertes y representativos, lo que ha hecho que podamos llamarlo un hombre ético. Sin embargo, uno de los rasgos propios de su ser que más me impacta es su espíritu de servicio: siempre ha creído en las oportunidades y está dispuesto a hacer lo necesario para ver avanzar en su camino a quienes le rodean, los apoya y les da fuerza cuando pretenden declinar, propone, discute, argumenta e incentiva a seguir, logrando que sus discípulos, colegas y amigos creen en que son capaces de hacerlo bien poniendo en marcha sus habilidades, lo que refleja indudablemente la fuerza de su espíritu.

La constancia en la realización de sus proyectos es un rasgo de su personalidad que puede verse reflejado desde muy temprana edad cuando para cumplir sus propósitos de formarse como abogado, trabajaba en un juzgado y estudiaba al mismo tiempo su carrera de derecho; fue allí, como alumno del maestro Nilson Pinilla Pinilla, que inicia su formación en el

ámbito financiero, ante la invitación de este a trabajar en el Banco de la República, haciendo parte de la naciente área de derecho penal del Banco que dirigía su profesor. Sea esta la oportunidad para destacar que desde esta época y en estas labores bancarias, es que consolida su magnífica amistad con el profesor Ángel Hernández Esquivel, que representa la solidaridad y el afecto de la hermandad.

El maestro Hernández, llevando como es costumbre a buen término sus proyectos personales y profesionales, culmina sus estudios de derecho y al convertirse en abogado, inicia un impresionante recorrido laboral en el Banco de la República, que cuenta labores jurídicas como abogado y jefe de investigaciones, pero también múltiples actividades administrativas tales como jefe de seguridad, subdirector de comunicaciones, asesor de edificios, asesor de los subgerentes, subgerente de relaciones, subgerente general, para finalmente ser nombrado gerente del Banco en esta ciudad. Este inmenso bagaje por los diversos componentes del sistema financiero a través de su experiencia con el Banco, es lo que permite al maestro conocer de forma magistral el sistema, sus aciertos y necesidades.

Sin embargo, el volumen de trabajo y sus responsabilidades en el Banco no fueron nunca una limitante para que el maestro Hernández continuara en el recorrido, sesudo y necesario de la formación académica: pienso que su espíritu le impulsaba a continuar en el camino del estudio posgradual, como ocurre con la sed propia del conocimiento que acompaña la sabiduría. Así, casi que de forma inmediata al graduarse de abogado de la Universidad Incca de Colombia, inicia su especialización en Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia a la que suma su formación en el posgrado de Derecho Financiero en la Universidad de la Andes, enviado allí especialmente por el Banco.

El maestro Hernández inculca en sus alumnos la importancia de definir líneas de investigación que permitan desarrollar un trabajo secuencial y en permanente crecimiento; su consejo parte de la experiencia exitosa de su vida: los posgrados cursados en derecho penal y financiero mencionados con antelación, se verán reflejados en su trabajo de grado presentado al culminar

su maestría en Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia, generando la primera versión de lo que será una de las obras cumbres de su carrera, el texto *Los delitos económicos en la actividad financiera*, el cual sería publicado por primera vez por la Escuela Judicial ante la confianza en su trabajo del entonces ministro de Justicia Roberto Salazar. A la fecha, esta obra suma su séptima edición como libro, con el apoyo de la editorial Ibáñez. Fiel a sus convicciones, avanzará y culminará posteriormente su doctorado en la Universidad Externado, siguiendo su eje temático bajo la línea de investigación del lavado de activos. El maestro y la gratitud que le caracteriza, recuerda siempre el apoyo que la Universidad de Ibagué y la Universidad Externado le prestaron para adelantar su doctorado, creyendo firmemente no haber defraudado sus expectativas.

Sin embargo, como dice el adagio, lo que se hereda no se hurta; recuerden que magis significa más; por eso el maestro y su espíritu necesitaban enseñar: lo hace desde su experiencia en el Banco cuando con propósitos de prevención y eficacia en las investigaciones, capacitaron los jueces de instrucción criminal de la época en los temas que correspondían a comportamientos punibles contra el sistema financiero, teniendo a su cargo desde muy joven temas como la falsificación de moneda o los delitos financieros; también enseñó, por designación de la Asobancaria, la regulación naciente y en desarrollo de la lucha contra el lavado de activos, en todos los municipios del departamento del Tolima. Pero su talante de maestro lo acompañó desde los inicios de su camino en la academia: al graduarse de abogado en los años 80 lo nombraron profesor en la Universidad Incca, y luego al finalizar su maestría lo nombran en el año 91 profesor en la Universidad Externado de Colombia, por la confianza que especialmente le brindarían en esta labor los profesores Jaime Bernal Cuéllar y Alberto Hernández Esquivel, quienes creyeron en su brillantez para el manejo del derecho financiero, soportados en su tesón, su disciplina y organización. El recorrido que sumará el maestro Hernández como docente de diversas universidades en Colombia, especialmente en posgrado, será largo y fructífero hasta hoy.

Siempre propositivo, pero además rodeado de personas interesadas en el progreso de la región tolimense, el maestro Hernández hizo parte del grupo promotor para la creación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ibagué, junto con el doctor Ricardo Bastidas y Narcés Lozano, a quienes profesa su admiración y aprecio. En el año de 1995 inicia su funcionamiento teniendo el acompañamiento de nuestro primer decano el doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

El maestro Hernández tuvo a cargo el inicio de la asignatura de Introducción al Derecho y es allí donde empieza, siendo parte de la Universidad de Ibagué, a avanzar en los procesos de investigación acorde con las tendencias que en la época impulsa Colciencias. Inicia su labor con semilleros de investigación aproximadamente en el año 98, proponiendo dos líneas generales de trabajo: derecho penal económico y pensamiento jurídico tolimense.

Sus líneas de trabajo no son casualidad; este constituye un mensaje muy importante para nosotros como comunidad académica. La experiencia de muchos años en el sector financiero le permitía al maestro identificar situaciones problemáticas pertinentes a la investigación, y así lo hizo. Logró generar interés entre sus alumnos más jóvenes, aún sin bases sólidas en los núcleos fundamentales del derecho penal, para que pensarán qué era y porque existía, por ejemplo, la intervención del Estado en la economía, logrando que se cohesionaran como grupo de estudio bajo sus lineamientos. El maestro a veces se sorprende de todo lo que logró avanzar con sus estudiantes de semillero, especialmente por la complejidad del tema; sin embargo, se resta crédito en sus estrategias: la más importante de ellas, desde mi perspectiva, es su ejemplo. El estudiante debe ver en su maestro una persona que le guía, que le enseña, que indaga permanentemente, pero además, que con su perseverancia y trabajo certero concluye los proyectos propuestos y muestra con orgullo sus resultados; eso es lo que nosotros, sus estudiantes hemos creído y constatado en él.

Sin embargo, como la música, que para existir requiere ritmo, melodía, armonía y matices, la investigación requiere sumar diversas perspectivas para evolucionar: entonces el maestro pensó que podía avanzarse en el camino de la investigación socioeconómica con la participación de diversos expertos en el área que hicieran propuestas académicas convergentes y divergentes. Fue así que nacieron las Jornadas de Derecho Penal Económico en nuestra Facultad, que al principio manejaron una línea general y diversa en el macrotema, para luego definir algunos ejes temáticos en torno a los cuales se desarrollaban, como por ejemplo los delitos financieros, la urbanización ilegal, el acaparamiento, entre otras. En estas jornadas tuvimos contables invitados de la órbita nacional e internacional, como el profesor John Vervaele, Ian Schneider, Eduardo Fabián Caparrós, Luis Said Idrobo y Alberto Lozano Vila, pero especialmente la fiel compañía de muchos de nuestros profesores de la Universidad de Ibagué, como María Cristina Solano, Germán Leonardo Ruiz, Jorge Augusto Lozano, Omar Mejía, Juan Carlos Cardona, Julio Andrés Lozano, Juan Manuel Barrero (y la suscrita) que bajo la guía y organización del maestro Hernández, avanzaron en la construcción de propuestas académicas hechas ponencias, que finalmente se vieron publicadas con orgullo en la colección de derecho penal económico que alcanzó su última producción en el año 2016 con el libro *El Contrabando. Aspectos penales*.

La construcción de una cultura investigativa implica persistencia, tolerancia en la diferencia para la identificación de puntos de encuentro, líneas de investigación definidas pero flexibles, pero sobre todo tacto, tacto de quien lidera el equipo, reconociendo los tiempos y habilidades de sus investigadores, con respeto y disciplina. El maestro Hernández reúne todas estas cualidades, enseñándonos que es posible hacerlo cada vez mejor.

Otro de los aspectos fundamentales en el éxito de la labor emprendida por el maestro Hernández ha sido su permanente preocupación por los medios de divulgación de los trabajos investigativos, entendiendo su diversidad; por ello, como miembro del Comité Editorial de nuestra Revista *dos mil tres mil*

propuso la existencia de diversas ventanas a egresados y estudiantes, como un mecanismo de inicio para quienes emprenden el camino de la publicación académica, así como el destacado trabajo de muchos de nuestros profesores al conceptuar frente a demandas de inconstitucionalidad adelantadas en la Corte Constitucional.

Sin embargo, uno de los espacios académicos de más orgullo para el maestro es ver reflejada su tutoría en temas que representan una vida entera de labor: así, existen monografías jurídicas producidas por estudiantes del programa de Derecho que han optado por su realización como opción de grado y que reflejan una verdadera línea de estudio: el lavado de activos y su relación con la política (Alfonso Arenas), el lavado de activos en el fútbol (Kelly Yisel Castañeda y Molly Stephanie García) y el lavado de activos en los juegos on line (recientemente escrito por Santiago Bustamante) todos ellos desarrollados siendo el maestro Hernández su tutor. Hoy continúa su labor que seguramente seguirá brindando frutos de excelente calidad como los que hasta ahora se han reflejado bajo su dirección.

Serían múltiples los temas si relacionara los trabajos que el maestro ha dirigido a nivel de posgrado, por lo que el tiempo no me permite destacarlos en este espacio; basta decir que en mi experiencia como su pupila he recibido su mayor atención, su escucha atenta, su corrección, su disciplina, pero sobre todo, su respeto ante las ideas divergentes, instándome a revisar e indagar cada vez más, lo que da cuenta de su admirable tolerancia. Con el maestro podemos transcurrir en largas charlas sobre la cultura de la legalidad, de la ética y de la responsabilidad; por ello, la obra que se presenta hoy es de incalculable importancia ya que es el reflejo de la experiencia adquirida durante muchos años de su vida, aunada a la formación académica incesante que da cuenta de un trabajo sensato, maduro y responsable sobre temas de vital importancia para el orden económico y social de nuestro país, sin desconocer que el lavado de activos dejó de ser hace décadas un problema de una nación, y se convirtió en asunto de la comunidad internacional que hoy lo estudia como lo que es: criminalidad organizada y transnacional.

Por ahora, los retos académicos son muchos, especialmente el que implica continuar trabajando sobre lo construido; es un llamado que la comunidad jurídica le hace al maestro para que no se canse, para que con la paciencia que le caracteriza continúe haciendo parte de este proyecto diario de formar los mejores abogados, con ética y respeto por la diferencia, por los derechos humanos y en especial, por la justicia.

Finalmente, quiero aprovechar el espacio para agradecer a su familia, en especial, a su esposa Mónica, que con paciencia le ha acompañado en este largo camino, viviendo sus mejores momentos, pero, particularmente, los que pudieran no haberlo sido tanto. Conozco directamente la relación del maestro con su familia y cómo se ha encargado con amor y dedicación de cada uno de sus asuntos; la formación de sus hijos bajo el pilar del actuar ético, de la coherencia entre lo que se dice y lo que se hace.

Ha inculcado en ellos el mensaje del equilibrio en el buen vivir, con responsabilidad pero sin olvidar el desafío de cada una de sus etapas. Su hija Laura se ha dedicado al derecho laboral, y su hijo Camilo optó por la Administración de Empresas, lo que da cuenta de la autonomía con la que fueron formados, aunque siempre permanecen vinculados e interesados en los asuntos de su padre. La cosecha de amor que recibe de su familia es el fruto de lo que sembró durante años en ellos, siendo más que un excelente padre, dedicándoles el tiempo necesario, porque desde muy joven aprendió de sus padres y de la banca, la disciplina en los tiempos y el aprecio por los tesoros inmateriales que solo proporciona la familia.

Hoy nos hemos reunido en este auditorio sus estudiantes, sus colegas, su familia y sus amigos para felicitarle, apreciado maestro, por todos sus logros, por este nuevo producto que nos enaltece como comunidad jurídica, pero especialmente para recordarle que cada paso dado, que cada esfuerzo, ha valido la pena, porque su más grande fruto es el reconocimiento de quienes le apreciamos sinceramente de su integralidad.

Muchas gracias.”



**Universidad
de Ibagué**

Comprometidos con el desarrollo regional