

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
2017



340

R454 Revista dos mil tres mil / Universidad de Ibagué. Facultad de derecho y Ciencias Políticas. Esperanza Castillo Yara. Editora Académica Ibagué: Universidad de Ibagué, 2018.
196 p.
No. 19.
ISSN Impreso: 0123-3408
ISSN Digital: 2539-1933

Descriptores: Acción penal; Corrupción en Ibagué 2012-2015; La Responsabilidad disciplinaria; Clínicas jurídicas; Tercerización laboral; procedimiento penal adversarial; Prueba de oficio.

Revista *dos mil tres mil*
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Ibagué
Noviembre de 2017
Año 20, N.º 19

Presidente del Consejo Superior
Luis Enrique Orozco Silva

Rector
Hans-Peter Knudsen Quevedo

Decano
Luis Fernando Sánchez Huertas

Editora Académica
Esperanza Castillo Yara

Comité Editorial
Dr. Hernando Antonio Hernández Quintero
Juan Manuel Barrero Arbeláez
Juan Manuel Rodríguez Acevedo

© Universidad de Ibagué, 2017

© Ricardo Ángel Basílico, Diego Andrés Perdomo Lesmes, Tatiana Vargas Nieto, Juan José Peláez Sánchez, Daniel Guillermo Deaza Acosta, Juliana Oliveros Suárez, Gabriela Luna Ramírez, Stephany Vera Rivera, Mayra Alejandra García Ramírez, Jorge Hernán Beltrán Pardo, Carlos F. Forero Hernández, Mónica Marcela Cárdenas Álvarez, Alejandro Torres Ocampo, 2017

Pintura de portada:

Título: *Paisaje con turistas en Loch Katrine*. Autor: John KnoxScottish (1778 - 1845).

Tomada de: <https://www.nationalgalleries.org/art-and-artists/20897/landscape-tourists-loch-katrine>

Diseño, diagramación e impresión

León Gráficas Ltda., PBX 2630088, Ibagué

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

Contenido

Editorial.....5

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Ejercicio de la acción penal e investigación preparatoria en el nuevo
Código Procesal Penal 11
Ricardo Ángel Basílico

La corrupción en Ibagué (2012-2015): indicadores y percepción35
Diego Andrés Perdomo Lesmes

Consideraciones sobre la unificación de los tipos penales de fraude
a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación
fraudulenta de crédito oficialmente regulado.....61
Tatiana Vargas Nieto

ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN

La responsabilidad disciplinaria de las personas jurídicas79
Juan José Peláez Sánchez

Acciones para la construcción de paz: aportes del Grupo de Acciones
Públicas de la Universidad del Rosario91
Daniel Guillermo Deaza Acosta, Juliana Oliveros Suárez, Gabriela Luna Ramírez,
Stephanny Vera Rivera

Las clínicas jurídicas como actores claves en la defensa de los derechos
de las víctimas en el posacuerdo 113
Mayra Alejandra García Ramírez

La comisión de éxito como forma efectiva de remuneración del contrato
estatal: origen, requisitos y límites..... 129
Jorge Hernán Beltrán Pardo

ARTÍCULOS DE REVISIÓN

El régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República, ¿derecho administrativo o derecho económico? 141

Carlos F. Forero Hernández

Aproximaciones legales y jurisprudenciales a la prueba de oficio, en el procedimiento penal adversarial con tendencia acusatoria en el ordenamiento colombiano 161

Jimmy Patiño García, Gabriel Alberto Ospina Herrera, Isabel Indira Molina Ariza

La tercerización laboral como una forma para vulnerar derechos laborales 179

Mónica Marcela Cárdenas Álvarez

RESEÑA

La expulsión de lo distinto 191

Alejandro Torres Ocampo

Editorial

Apreciados lectores, apreciada comunidad investigadora del campo jurídico y de la ciencia política, de nuevo expresamos nuestra gratitud por leernos, por comentarnos y por colaborar con esta publicación, que se vislumbra como una ventana de fortalecimiento de la capacidad científica y de visibilidad de la investigación. En esta oportunidad, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué presenta la edición 19 en su nueva versión digital. Como Gabriela Mistral (se citó en Scarpa, 1979), podemos evocar “Todo esfuerzo que no es sostenido se pierde”. Nos sumamos a los valiosos esfuerzos de nuestros colaboradores, gracias a los cuales se han difundido desde el año 1995, artículos de autoría de egresados de los programas de pregrado y posgrado de la Facultad y de reconocidos académicos nacionales e internacionales.

En concordancia con los propósitos institucionales de acreditación de alta calidad por los cuales nuestra facultad trabaja arduamente, presentamos un nuevo texto que modifica sustancialmente las valiosas secciones de Doctrina, Jurisprudencia, Ventana del egresado, Ventana a semilleros y Eventos de la facultad, con las que estábamos familiarizados, y contiene unas mejoras sustanciales con el objetivo de facilitar a nuestros lectores su ampliación del conocimiento del Derecho y la Ciencia Política, desde las categorías de artículos de investigación científica, de reflexión, de revisión y reseñas bibliográficas que el Índice Bibliográfico Nacional Publindex de Colciencias ha considerado dentro de sus tipologías.

Abre este número, en la sección de artículos resultado de investigación, el honorable doctor Ricardo Ángel Basílico, quien hace pocos días visitó nuestra institución con el fin de orientar una cátedra en la Especialización en Derecho Penal y suscribir un convenio entre la Universidad de Lomas de Zamora, Argentina, y la Universidad de Ibagué para la movilidad de docentes, investigadores y alumnos. En esta oportunidad nos comparte su artículo *Ejercicio de la acción penal e investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal*,

en el que aborda la transición del ordenamiento procesal penal de Argentina de un sistema mixto o inquisitivo atenuado a uno netamente acusatorio, dando cuenta del carácter desformalizado de la investigación penal y la división de funciones impuesta en las nuevas disposiciones.

A continuación el lector encontrará dos artículos que también hacen parte de la sección de investigación y son de especial orgullo para nuestra Facultad, ya que sus autores son el egresado del programa de Ciencia Política, Diego Andrés Perdomo Lesmes, autor de *La corrupción en Ibagué (2012-2015): indicadores y percepción*, y nuestra brillante egresada de Derecho, Tatiana Vargas Nieto, autora del escrito titulado *Consideraciones sobre la unificación de los tipos penales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado*. En el primero, desde una mirada objetiva, el autor describe y aproxima la realidad de la corrupción, como una contribución al conocimiento de este fenómeno social en la ciudad de Ibagué. Además, llama la atención sobre los retos para la actual y las futuras administraciones municipales, sobre las estrategias para cerrar la brecha que hay entre los indicadores, la realidad de los ibaguereños y la adecuada inversión de los recursos públicos. El segundo es fruto de una juiciosa investigación de la autora y muestra la necesidad de fusionar en un solo tipo penal, los delitos de exportación e importación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado y fraude a subvenciones, que, considera, debe llamarse como en otras legislaciones fraude a subvenciones y ubicarse como un punible contra el orden económico social.

En la segunda sección de nuestra revista, titulada Artículos de reflexión, contamos con la fortuna de los aportes de las ponencias que resultaron ganadoras luego de surtir el proceso de evaluación en el marco del VII Encuentro Nacional de Clínicas Jurídicas de Interés Público, llevado a cabo los días 8 y 9 de agosto de 2017 en las instalaciones de la Universidad de Ibagué. En *Las Clínicas jurídicas como actores claves en la defensa de los derechos de las víctimas en el posacuerdo*, la respetada abogada Mayra Alejandra García Ramírez presenta un análisis sobre los retos que afronta Colombia en la reparación y amparo de sus facultades, mediante una propuesta del trabajo clínico y con la exposición de algunas ideas y experiencias de la labor de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Universidad Santiago de Cali. En *Acciones para la construcción de paz: aportes del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario*, Daniel Guillermo Deaza Acosta, Juliana Oliveros Suárez, Gabriela Luna Ramírez y Stephany Vera Rivera, destacados estudian-

tes de jurisprudencia de la Universidad del Rosario, nos muestran el desarrollo de los conceptos la educación legal clínica y la clínica jurídica, sus objetivos misionales y la participación de estas dos figuras dentro de la realidad social en Latinoamérica.

Así mismo, es grato contar con el importante aporte de nuestro egresado de la especialización en Derecho Civil, Juan José Peláez Sánchez, quien elabora un estudio cuidadoso denominado *La responsabilidad disciplinaria de las personas jurídicas*. El autor presenta a los lectores cómo el artículo 75 del Código General del Proceso confiere poder a las personas jurídicas, cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. Además, estudia el concepto de persona jurídica, la potestad disciplinaria en cabeza del Estado, los diferentes escenarios en los cuales se ha debatido sobre la responsabilidad de los entes de esta naturaleza y la libertad de configuración normativa a cargo del Congreso de la República.

En la tercera sección tenemos el gusto de presentar los artículos de revisión. Abre este selecto grupo el reconocido abogado de la Universidad del Rosario Jorge Hernán Beltrán Pardo con su artículo *La comisión de éxito como forma efectiva de remuneración del contrato estatal: origen, requisitos y límites*, en el que asegura que el derecho privado tiene incidencia en la contratación estatal; estudia el concepto de comisión de éxito a partir de los principios y reglas del derecho privado y encuentra que constituye una herramienta efectiva y eficaz para cumplir los fines estatales.

Contamos con el aporte del destacado magíster en Derecho Administrativo, Carlos Forero Hernández, quien nos comparte su artículo *El régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República, ¿derecho administrativo o derecho económico?*, en el que plantea la conveniencia de hablar de derecho económico, y no de derecho administrativo, cuando abordamos el régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República, ya que el autor plantea que se trata de una aplicación híbrida de instituciones de derecho público y de derecho privado.

Seguidamente, nuestros ilustres especialistas en derecho penal Isabel Indira Molina Ariza, Jimmy Patiño García y Gabriel Alberto Ospina Herrera brindan a la comunidad académica el texto *Aproximaciones legales y jurisprudenciales a la prueba de oficio, en el procedimiento penal adversarial con tendencia acusatoria en el ordenamiento colombiano*, en el cual exponen el desarrollo que ha tenido la prueba oficiosa con la Ley 906 de 2004, desde la órbita legal y jurisprudencial, que sirve de excusa para configurar el debate

respecto de la articulación de los fines y principios del sistema penal acusatorio en el contexto del derecho viviente.

Cierra la sección nuestra distinguida profesora Mónica Marcela Cárdenas Álvarez, quien nos ilustra con un valioso artículo producto de su experticia en el campo del trabajo y la seguridad social denominado *La tercerización laboral como una forma para vulnerar derechos laborales*, en el que nos expone cómo la implementación normativa en el Estado colombiano que persigue la productividad y el trabajo flexible repercute en las condiciones de los trabajadores, que, como bien diría nuestra respetada, autora “disfraza o encubre verdaderas relaciones de trabajo”.

Al final encontramos en este número una reseña de un valioso e interesante libro, que constituye una lectura indispensable para una comprensión del Estado, la sociedad y las instituciones. Es esta, *La expulsión de lo distinto* de Byung-Chul Han, nuestro reseñista invitado, Alejandro Torres Ocampo, se enfoca en el texto traducido al castellano recientemente y nos lleva al pensamiento del reconocido filósofo y ensayista surcoreano acerca de nuestra sociedad actual, en pocas líneas, pero de la forma más precisa, involucra la magnitud de conceptos que se encuentran contenidos a lo largo del libro, y deja una seria invitación para abordarlo en detalle.

Queremos concluir este primer volumen editorial del año 2017 generando un par de expectativas. La primera de ellas se relaciona con que el equipo editorial, en cabeza del señor decano, el doctor Luis Fernando Sánchez Huertas, decidió proponer una nueva estructura organizacional para nuestra revista, la cual se verá reflejada en la próxima edición y contará con reconocidos académicos e investigadores de nuestra facultad, así como de nuestros aliados estratégicos en otras universidades de Colombia, Latinoamérica y España. La segunda se refiere a que nos encontramos trabajando en un repositorio, o su equivalente, solo para nuestros respetados autores, es decir, que asegure una mejora significativa en la gestión editorial. Las futuras versiones aspiran a ser una evolución de la actual revista, la cual ha logrado su consolidación y madurez, y está en la posibilidad de incrementar la calidad de la producción científica nacional y la inserción de esta producción a nivel internacional.

En el contexto antes mencionado en el que se inscribe el esfuerzo del equipo responsable de la revista, y de quienes desde dentro y fuera de nuestra institución colaboran con sus escritos, entregamos a los lectores esta décima novena edición de nuestra *Revista dos mil tres mil*, con el propósito de que se animen a brindarnos su crítica y, por supuesto, alentarles a participar de

investigaciones que puedan reflejarse en productos que compartir, como lo expresó Cayo Cornelio Tácito, historiador romano, (se citó en Arribas, 2010) “La verdad se robustece con la investigación y la dilación; la falsedad, con el apresuramiento y la incertidumbre”.

Esperanza Castillo Yara
Editora académica
Revista *dos mil tres mil*

Referencias

- Arribas, E. S. (2010). *Enciclopedia básica de la vida*. España: Cultiva libros S. L.
- Scarpa, R. E. (1979). *Gabriela Mistral, Magisterio y Niño*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.

Ejercicio de la acción penal e investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal

Ricardo Ángel Basílico*

Resumen. La reforma propuesta, aún no sancionada, del ordenamiento procesal penal de la Nación, presenta un salto exponencial de un sistema mixto o inquisitivo atenuado a otro netamente acusatorio, de acuerdo con las modernas tendencias adjetivas. El Ministerio Público Fiscal (MPF) adquiere un rol preponderante en la investigación de hechos ilícitos, que le otorgan herramientas legales para el desarrollo de su actuación a efectos de promover e impulsar la acción penal. De la misma manera, cuenta con criterios de disponibilidad de la acción penal y en ese sentido, se especifica en qué casos puede recurrirse a ellos, se establecen plazos perentorios, y se simplifica la investigación preparatoria, con el fin de lograr mayor agilidad y evitar las formalidades que pudieren burocratizar el procedimiento.

Introducción

En Argentina se ha producido la reforma del Código Procesal Penal de la Nación, es decir, se decidió modificar el Código de Procedimientos Penales que rige la actuación judicial en la capital y la justicia federal de las provincias, en aquellas causas por delitos que sean de competencia federal.

En líneas generales, se ha pasado de un sistema inquisitivo atenuado o mixto, como lo era el vigente hasta ese momento, a otro netamente acusatorio,

* Juez de Cámara del Poder Judicial de la Nación Argentina. Doctor en Ciencias Penales (UK y UNED-España). Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Sevilla con calificación: sobresaliente *Cum laude*. Doctor en Psicología Social (UK). Posdoctor de la Universidad Nacional de La Matanza, Argentina. Profesor titular de posgrado de la Universidad argentina John F. Kennedy, Universidad Católica Argentina y Universidad Austral. Profesor de posgrado UNNE, Corrientes. Coordinador académico del área de Derecho de la Universidad Kennedy. Director de la Maestría en Criminología, Universidad Nacional de Lomas de Zamora y Director del Centro Latinoamericano de DDHH. Ex becario del DAAD, Universität Heidelberg, Alemania.

de acuerdo con las modernas tendencias que imperan en la materia, tanto en nuestro país como en la legislación comparada. Cabe destacar que en nuestro país la Provincia del Chubut ha sido pionera en la implementación del sistema acusatorio, tal como el ordenamiento adjetivo chileno ha hecho lo propio en el plano internacional. Así, la principal característica —como lo expresan Duce y Riego (2002)— que estructura al modelo de Ministerio público investigador, en contraposición al de juez de instrucción, resulta ser la clara separación de funciones que existen en su diseño.

A manera de introito se resalta que, en el nuevo ordenamiento procesal penal, el Ministerio Fiscal adquiere un rol preponderante en la investigación de hechos delictivos, y le otorga a la nueva normativa elementos suficientes para su desarrollo, en aras de promover la acción penal, a más de su papel vital en la investigación.

Así quedan a consideración del fiscal del caso los criterios de disponibilidad de la acción penal, que establecen en qué situaciones puede recurrirse a ellos. Encontramos el principio de oportunidad reglado, toda vez que el art. 31 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) determina en qué escenarios puede resultar procedente. Se instauran también, plazos perentorios, que simplifican la investigación preparatoria, a cargo del Ministerio Público Fiscal (MPF), a efectos de lograr mayor agilidad y evitar las formalidades que pudieran burocratizar el procedimiento¹ (Tazza, 2015).

Realmente es saludable la adopción de los nuevos paradigmas respecto del derecho de la víctima del delito, dado que se le ha otorgado un rol importante en relación con su condición, así como al querellante, que permite no solo impulsar sino continuar con la investigación, en caso de que el fiscal use uno de los criterios de oportunidad.

Si bien en la actualidad la Cámara Federal de Casación Penal cuenta con una Oficina Judicial, consideramos para efectos de mejor manejo y organización la creación de una que tendrá como tarea —en consonancia con la existente en el poder judicial del Chubut— llevar adelante la tramitación relacionada

¹ Esta simplificación, fundamentalmente de la etapa preliminar de investigación, lleva consigo la eliminación del auto de procesamiento judicial, y solo establece un control a cargo de un juez de garantías para el contralor de los actos llevados adelante por el titular de la vindicta pública. Paralelamente desaparece la imposición legal de citar obligatoriamente al imputado a prestar declaración indagatoria, y se sustituye por una libre atribución electiva, y en su caso, tal diligencia no puede por finalidad obtener una declaración sobre el hecho que se le imputa. En fin, nuevas concepciones en torno a la declaración del imputado y al antiguo auto de procesamiento, que implican un novedoso formato procesal adaptado a la actualidad en el universo del proceso penal.

con la convocatoria de testigos, organización de audiencias, administración de salas de ejecución de las mismas, notificación de las partes, entre otras que hoy efectúan los organismos jurisdiccionales.

El nuevo ordenamiento procesal penal conforme la Ley 27.063, implica sin duda un avance; adopta de manera definitiva el sistema acusatorio en consonancia con la normativa internacional y lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución Nacional, en relación con el artículo 75 inc. 22 de la misma Carta Magna. Se ha logrado mediante la norma adjetiva la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, así como desformalización de la investigación y la simplificación de la etapa preliminar, que permitirá el trámite del proceso sin dilaciones innecesarias, aunque siempre bajo el control del respeto de las garantías procesales emanadas de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado Nacional (Tazza, 2015).

1. Ejercicio de la Acción

El artículo 25 del nuevo ordenamiento adjetivo en referencia a la acción pública es claro cuando expresa que:

La acción pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de las facultades que el Código confiere a la víctima. El Ministerio Público Fiscal debe iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley. (Ley 27.063)

Cabe establecer algunas reflexiones, así la norma considera que, si bien la acción pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal, ello es sin perjuicio de las facultades que el nuevo Código Procesal Penal confiere a la víctima. En el presente ordenamiento toma vital importancia la figura de la víctima. En este sentido, es dable tomar especial atención sobre los artículos 12, 22 y 79 del CPPN. El último de los artículos citados le otorga la posibilidad de solicitar la revisión de la desestimación, el archivo de las actuaciones, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento del imputado, efectuado por el Ministerio Fiscal, aunque no haya intervenido en el procedimiento como querellante; también a participar en su rol dentro del proceso.

El artículo 85 del CPPN —Ley 27.063—, prevé al querellante autónomo, situación que no se encontraba prevista en la antigua norma adjetiva, con la posibilidad de provocar la persecución penal o intervenir en la acción iniciada por el representante del Ministerio Público Fiscal. Como también lo observan

Romero Villanueva & Grisetti (2015), le brinda la posibilidad de generar acusación, pese al pedido de sobreseimiento fiscal, en cuyo caso la función de este último cesará (conf. Artículos 237 inc. b) 239, 243 incs. a) y b)).

Conforme las mandas del código sustantivo, el delito debe ser perseguido por el Estado, a excepción de los casos de la acción privada. El artículo 71 del Código Penal dispone que todas las acciones deberán iniciarse de oficio, con el propósito de consagrar el principio de legalidad. El nuevo ordenamiento adjetivo contiene excepciones en este caso, resultan ser las reglas de disponibilidad de la acción que se hallan previstas en el artículo 30 del CPPN, que se refieren a lo siguiente: 1) criterios de oportunidad, 2) conversión de la acción, 3) conciliación y 4) suspensión de juicio a prueba. Queda claro que la ley otorga la posibilidad cierta a aquellos que tienen a su cargo la persecución penal, por cuestiones de política criminal o procesal; por consiguiente:

...de no iniciarla o de suspender provisoriamente la iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar o la autorización de aplicar penas inferiores a la fijada para el delito por ley, o eximir de ella a quien lo cometió. (Romero Villanueva & Grisetti, 2015, p. 297)

El artículo 32 del nuevo ordenamiento procesal considera que cuando se aplique un criterio de oportunidad se “declarará extinguida la acción pública con relación a la persona a cuyo favor se decide, salvo que se proceda de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del artículo 219” (Romero Villanueva & Grisetti, 2015, p. 297). Por ello, en el artículo 33 del CPPN, permite la conversión de la acción penal pública en acción privada a solicitud de la víctima en los supuestos que la propia regla prevé. La norma contenida en el artículo 34 considera que, en el caso de llegar a una conciliación, se extinguirá la acción penal. En este tema, como criterio general en el nuevo ordenamiento, queda claro el prioritario rol de la víctima en el Código Procesal Penal, situación que no había sucedido en las anteriores redacciones.

El artículo 35 indica la suspensión del proceso a prueba, que admite la extinción de la acción penal, para el caso de cumplirse durante el tiempo que se fijen las reglas de conducta. También lo exponen Romero Villanueva y Grisetti (2015) en una visión posible de consignar:

El caso paradigmático de suspensión es el previsto en los supuestos de prejudicialidad. La interrupción acaece cuando el proceso penal no puede continuar en razón de que quien resulta imputado debe ser previamente separado por juicio

político o por desafuero. Los casos de cesación se refieren a los supuestos de amnistía o indulto. (p. 297)

Compartimos con Buompadre (2015), que no existen diferencias sustanciales entre la denominación de *reglas de disponibilidad* y *criterios de oportunidad*, términos que pueden ser usados indistintamente para explicar el mismo fenómeno. Es posible expresar que resulta adecuada aquella doctrina que entiende que los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad (Cafferata Nores & Tarditti, 2003). En efecto, aun cuando se pueda identificar ambas expresiones como sinónimas, lo cierto es que, gramaticalmente, no poseen un mismo significado —desde el punto de vista de la lengua castellana disponibilidad no significa lo mismo que oportunidad—, pero no lo es menos que existe entre ellas una gradación de mínimos a máximos. Una es el antecedente (la oportunidad) y la otra el consecuente (la disponibilidad), lo cual permite sostener la idea de que ninguna de ellas puede sobrevivir independientemente de la otra.

El principio de oportunidad reglado otorga la posibilidad de disponer de la persecución penal. Es plausible como ha quedado volcado en el nuevo ordenamiento procesal penal en cuanto a que “el representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a) criterios de oportunidad...” (artículo 30 CPPN), regla que nos traslada a los estándares que se establecen en el artículo siguiente, en el que se regulan de forma explícita los criterios de oportunidad; b) conversión de la acción; c) conciliación; d) suspensión del proceso a prueba.

No puede el Ministerio Público Fiscal prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal, en caso de que el imputado fuera un funcionario público² y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada por razones discriminatorias. La norma se completa cuando expresa que tampoco podrá disponerse de la acción, en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundados en criterios de política criminal.

De este modo se colige que el principio general que emerge de la normativa adjetiva resulta en cuanto a que el Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en aquellos supuestos expresamente reglados en el

² (Vid. Artículo 77 del Código Penal, Ley 24.759). (Convención Interamericana contra la Corrupción 29/3/1996) y Ley 25.188 (Ley de ética en la función pública).

dispositivo procesal: criterios de oportunidad (art. 31), conversión de la acción (art. 33), conciliación (art. 34) y suspensión del proceso a prueba (art. 35). Sin perjuicio de lo expresado, la norma no es ilimitada ni puede ser utilizada de manera discrecional por los representantes de la vindicta pública, puesto que presenta limitaciones facultadas por la propia ley.

En ese sentido, no le es posible al Ministerio Fiscal disponer de la acción en los siguientes casos: 1) si el imputado es un funcionario público a quien se le atribuye haber cometido el hecho en el ejercicio de su actividad funcional o en razón de su cargo; 2) cuando el delito fuere ejecutado en un contexto de violencia doméstica³; 3) cuando el delito exista por motivos discriminato-

³ Esta expresión puede generar dudas en cuanto a su conceptualización, pues la violencia doméstica es solo aquella que tiene su origen y se manifiesta entre personas que habitan un ámbito concreto familiar, privado, y que un miembro de la familia dirige a otros miembros de la familia más vulnerables; niños, mujeres, ancianos (Ley 24.417, art. 1). La Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece un concepto de violencia doméstica restringida al núcleo familiar y al sexo femenino y expresa en el art. 6.a) que la violencia doméstica contra las mujeres es aquella ejercida por un integrante del grupo familiar, independiente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial o la libertad (comprende la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres). Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco que sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, sin ser requisito la convivencia. En numerosas ocasiones se confunde a este tipo de violencia con la llamada violencia conyugal o violencia en la pareja, por cuanto reúnen similares características. Pero, la violencia doméstica no configura un supuesto de violencia de género. Esta última (que nosotros identificamos como violencia contra la mujer, ver Buompadre, *Violencia de género, Femicidio y Derecho penal*, Alveroni, Córdoba, 2013), implica también —igual que la doméstica— cualquier acto de violencia activo u omisivo, físico, sexual, psicológico, moral, patrimonial, etc., pero, a diferencia de aquella, incide sobre la mujer por razón de su género, basado en la discriminación, en las relaciones de desigualdad y de poder asimétricas entre los sexos que subordinan a la mujer, sea en la vida pública o en la privada, incluida la que es perpetrada o tolerada por el Estado. Es el tipo de violencia que describe el art. 4 de la Ley 26.485, cuando dice: “Toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”. De modo que, una interpretación literal de la normativa en análisis, nos permitiría concluir, en principio, que la prohibición no alcanza a aquellos hechos de violencia que son cometidos contra una mujer, *en un contexto de género*, pues la ley habla de violencia doméstica y no de violencia de género. Por consiguiente, en principio, se podría disponer de la acción penal en estos casos. Sin embargo, una mirada más atenta de la normativa, nos remite a una conclusión contraria, pues bien puede ser resuelta esta problemática acudiendo a una interpretación sistemática que nos conduce a la siguiente conclusión: la disponibilidad de la acción penal pública en casos de violencia contra la mujer en un contexto de género, resulta incompatible con “las previsiones de instrumentos internacionales”, a saber, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará, Ley 24.632), cuyo art.1 establece que “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Por lo tanto, en estos

rios⁴; 4) cuando la disponibilidad resulte incompatible con disposiciones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.

El artículo 31 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación establece los denominados *Criterios de oportunidad*, y expresa que los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a) si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b) si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c) si el imputado hubiera sufrido como consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; d) si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le aplicaría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

La normativa precedente se complementa con la emergente del artículo 32 en lo referente a los efectos que declara: La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se proceda de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del artículo 219.

Coincidimos con acreditada doctrina, que la resolución que solventa la aplicación del criterio de oportunidad, por auto de sobreseimiento, conforme lo establecido en los artículos 235.a y 236.g, con control jurisdiccional y con

supuestos también rige la prohibición, por lo que el Ministerio Público Fiscal no podrá disponer de la acción penal, en casos de violencia de género, por expresa imposición de la ley. (Vid. Buompadre. Ob. cit., Código Procesal Penal de la Nación. Villada, Jorge -*Director*- Ed. Advocatus, 2017)

⁴ La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, establece en su art.1 aquello que debe entenderse por discriminación: “A los efectos de la presente convención —dice esta normativa— la expresión *discriminación contra la mujer* denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

derecho a revisión por parte de la víctima, debe llevarse adelante de manera fundada de acuerdo con lo exigido en el artículo 88 del CPPN.

La resolución que dispone la extinción de la acción penal puede ser sometida a revisión de la víctima, ante el superior del Ministerio Público Fiscal (el fiscal revisor), dentro del plazo de tres (3) días hábiles desde el momento en que fue informada de la decisión adoptada, admitiendo el criterio de oportunidad. La víctima podrá formular su oposición en forma oral o escrita (art. 103), pero, en cualquier caso, deberá expresar los fundamentos de la misma. Si el planteo impugnativo de la víctima es denegado, y una vez se confirme la aplicación del criterio de oportunidad, ella podrá convertir la acción pública en privada y proceder con el trámite previsto en el art. 279, dentro del término de sesenta (60) días hábiles de comunicada la decisión del fiscal superior (art. 219, in fine).

Al encontrarse fenecido el término de conversión sin que el interesado haya hecho uso de la opción, la declaración de extinción de la acción penal quedará firme, con los correspondientes efectos.

El artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación conforme con la Ley 27.063 aborda la denominada *Conversión de la acción*, así considera que a pedido de la víctima⁵ la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: a) si se aplicara un criterio de oportunidad; b) si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria; c) si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido. En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque solo una haya ejercido la querrela.

La normativa vigente permite un mecanismo de conversión de la acción penal pública en acción penal privada, que posibilita a la víctima tomar el rol de querellante exclusivo —por ausencia de fiscal— y continuar con la investigación del hecho criminal para lograr la aplicación de una pena a sus autores o partícipes.

⁵ “Se entenderá por víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembro, incluida la que proscribe el abuso de poder” (VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento al delincuente, declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Asamblea General, Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985).

La facultad de conversión de la acción se lleva adelante en los siguientes casos: a) si se aplicara un criterio de oportunidad; b) si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria; c) si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

El artículo 34 del nuevo código adjetivo trata el instituto de la Conciliación así y sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22 del presente Código Procesal Penal. El imputado y la víctima pueden efectuar acuerdos conciliatorios, en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas, o en los culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo conciliatorio se presentará ante el juez competente para su homologación, en audiencia con la presencia de todas las partes intervinientes.

La acción se extingue en caso de acreditarse el cumplimiento del acuerdo; hasta tanto ello no ocurra, el legajo debe ser reservado. En caso de incumplimiento del acuerdo, la víctima o el Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación. Por último, el artículo 35 del Código Procesal Penal de la Nación plantea la denominada Suspensión del proceso a prueba. Conforme explicita la norma:

La suspensión del proceso a prueba se aplicará en alguno de los siguientes casos:

- Cuando el delito prevea un máximo de pena de tres (3) años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión o hubieran transcurrido cinco (5) años desde el vencimiento de la pena.
- Cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable.
- Cuando proceda la aplicación de una pena no privativa de la libertad. En caso de tratarse de una persona extranjera, también podrá otorgarse cuando haya sido sorprendida en flagrancia de un delito, conforme el artículo 184 de este Código, que anuncia pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a tres (3) años de prisión. El trámite previsto en este artículo implicará la expulsión del territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar. Si es dispuesta judicialmente, conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a cinco (5) años ni mayor de quince (15). (Ley 27.063)

El imputado goza de la posibilidad de exponer al Ministerio Fiscal la suspensión del proceso a prueba. La propuesta puede llevarse adelante hasta la finalización de la etapa preparatoria, salvo que se produzca una modificación en la calificación jurídica, durante el transcurso de la audiencia de juicio, que habilite la aplicación en dicha instancia. El acuerdo se hará por escrito, llevará la firma del imputado y su defensor y del fiscal, y será presentado ante el juez que evaluará las reglas de conducta aplicables en audiencia.

En ella se citará a las partes y a la víctima, quienes debatirán sobre las reglas de conducta que se han de imponer. Asimismo, es factible aclarar que el control del cumplimiento de las normas para la suspensión del proceso a prueba se hallará en cabeza de una oficina judicial específica, que dejará constancia en forma periódica sobre su cumplimiento y suministrará noticias a las partes de las circunstancias que pudieran originar una modificación o revocación del instituto.

La víctima tiene derecho a ser informada respecto del cumplimiento de las reglas de conducta. Si el imputado no cumple con las condiciones establecidas, el Ministerio Público Fiscal o la querrela solicitarán al juez una audiencia para que las partes expongan sus fundamentos sobre la continuidad, modificación o revocación del juicio a prueba.

Para el caso de invalidación, el procedimiento continuará de acuerdo con los lineamientos generales. También se anulará la suspensión del juicio a prueba, en caso de que el imputado fuera condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión. Asimismo, se prevé que los extranjeros en situación regular podrán solicitar la aplicación de una regla de conducta en el país.

2. Etapa preparatoria

a. Normas generales. El artículo 195 del nuevo ordenamiento adjetivo expresa: La investigación preparatoria tiene por objetivo establecer si existe o no mérito suficiente para abrir un juicio respecto de una o más conductas con relevancia jurídico penal. Cafferata Nores y Tarditti (2003) enuncian:

No obstante que, en la normativa supranacional incorporada a la Constitución Nacional, a su mismo nivel (art. 75 inc. 22 [Constitución Nacional]), y en esta última no hay ninguna referencia expresa a la investigación penal preparatoria de la acusación, es indudable que aquella da por sentada la existencia de esta etapa del procedimiento. Ahora, si surge con claridad de la normativa supranacional que los derechos y garantías reconocidos al imputado tienen vigencia ‘durante el proceso’ (art. 8.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 14.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP), también la tendrán

cuando no es juicio público, vale decir, durante la fase —en que seguramente su observancia es necesaria— de la investigación penal preparatoria (‘...desde el primer momento de la persecución penal’ reza el art. 40 de la Constitución de Córdoba). (p. 3-4)

Coincidimos con Pastor (2015) en cuanto a que el nuevo ordenamiento adjetivo, como se hizo en Chubut, sigue:

...en sus líneas básicas de configuración, la tendencia que se impuso en Latinoamérica y en el país en las últimas décadas: organización judicial algo horizontal, instrucción fiscal, mejor separación de las funciones de requerir y juzgar, acusador particular paralelo, agilidad de los trámites, mayor oralidad del procedimiento, menor actividad recursiva, pero impugnación más amplia de las condenaciones, en fin, un aparato más eficaz para la decisión rápida de los casos penales. (p. 17)

El actual artículo define en terminología sencilla la finalidad de la investigación preparatoria, y establece que el objetivo del procedimiento es determinar si existe base para el juicio, que es vital dentro del nuevo procedimiento y es señalada por la nueva normativa adjetiva.

Tal como lo ha expresado la doctrina extranjera, en la que se ha desarrollado el nuevo ordenamiento procesal, para cumplir el propósito de la investigación preparatoria, no se requiere una investigación compleja y formal por parte del fiscal investigador, porque es suficiente que el representante de la vindicta pública colecte los elementos suficientes para suministrar fundamento a su acusación (González Álvarez, 1996).

Lo expresado se completa con lo manifestado por Binder (1993), quien también ha participado en la elaboración del Código de Procedimiento Penal del Chubut —actualmente en vigencia—, en cuanto a que “la investigación es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre” (p. 214-215).

La investigación a que hace referencia el artículo ha de ser ágil e informal, conforme al régimen de garantías constitucional vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo con Bertolino y Silvestrini (2013), la investigación preparatoria tiene como características esenciales que la misma es meramente *preparatoria*, ya que la recolección de elementos de convicción, solo tienen el valor de la probabilidad, es *progresiva* y *reparadora*, porque busca poner fin al estado antijurídico que produce el delito. Es *cautelar*, puesto que la finalidad es evitar

que desaparezcan las pruebas que se llevarían a juicio, así como de la persona que resulta imputada del delito investigado. A la vez, es *restringidamente pública*, si bien la publicidad resulta ser la cualidad de los actos de gobierno, debe tenerse en mérito, como lo hace el nuevo ordenamiento procesal, el resguardo del resultado en la investigación, circunstancia que es clara en el artículo 200 del CPPN. Por último, es *contradictoria*, aunque la misma presenta límites en el propio ordenamiento adjetivo actual.

Nuestro Máximo Tribunal en *Amodio*, en los votos en disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, suministra un lineamiento claro hacia el respeto al sistema acusatorio, conforme lo establece el artículo 120 de nuestra Constitución Nacional. En el considerando número 11) expresa que:

Si bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestra legislación procesal penal nacional (Ley 23.984 y modificatorias) pertenece a los denominados sistemas mixtos, la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no solo responden a un reclamo meramente legal, sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional); art. 8.5 de la Convención americana sobre derechos humanos; art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; art. 26 de la Declaración americana de derechos y deberes del hombre y art. 11.1 de la Declaración universal de derechos humanos). (Fallo, 2007, p. 5)

En el derecho procesal comparado, Colombia otorga vital relevancia al papel que cumple el Ministerio Público Fiscal en dicho ordenamiento que ha sido *aggiornado* a los postulados actuales. Ha quedado investido de una diversidad de funciones que le otorgan verdadera visibilidad institucional. De acuerdo con Arboleda Vallejo (2013) se le ha asignado:

...una triple función: la primera, en beneficio y protección de la misma, pues procura que se investiguen los delitos y se sancione a sus autores: la segunda, en representación de la justicia, pero concretamente en favor de las personas acusadas sin justa causa, para que ejerza su defensa; y la tercera, en beneficio de las víctimas del delito para perseguir en su nombre la indemnización de los perjuicios causados con la infracción. (p. 826)

La norma contenida en el artículo 196 del CPPN, aborda el criterio de actuación. En este sentido se expresa que el representante del Ministerio Público Fiscal dirigirá la investigación preparatoria con un criterio objetivo, que pro-

cura recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad.

La investigación del fiscal debe estar dirigida al descubrimiento de la verdad real, por ello, se debe concluir que a la sociedad le interesa tanto la condena del culpable, como la absolución del inocente. Así las cosas, el representante de la vindicta pública debe llevar adelante la investigación, e identificar y poner a disposición todos los elementos de prueba, con total objetividad, independiente de que incriminen o no al imputado. Como lo expresa Cruz Castro (1996), la obligación de actuar con objetividad:

No solo es el corolario de los principios de objetividad y de respeto de las garantías del encausado, sino que es una pauta de actuación que se justifica por motivos exclusivamente pragmáticos, ya que asegura un éxito mayor a la persecución estatal, pues cuando se ignoran las circunstancias que favorecen al imputado, se corre el riesgo de plantear acusación infundada, provocando un desperdicio innecesario de recursos y una lesión a los derechos fundamentales del encausado. (p.266)

El deber de objetividad en nuestro ordenamiento jurídico ha sido receptado en la Carta Magna nacional, ya que concibe la tarea de requerir la aplicación de la ley penal como una “derivación de la más genérica de defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad (artículo 120 CN)” (Becerra, 2004, p. 80-81).

Cabe decir que la Ley Orgánica de Ministerio Público, en consonancia con la Constitución Nacional, ha dejado plasmado el deber de actuar objetivamente en defensa de la legalidad. Conforme lo sustenta Pastor (2015), la fiscalía sostiene el señorío de la investigación:

Este es otro gran mérito del Código de 2014, pues el titular de la acción penal es quien debe ocuparse de la investigación que le llevará a decidir soberanamente si formula o no acusación. Con ello, además, se deja al órgano judicial en el escenario de mayor neutralidad⁶. (p. 80)

En el Derecho Procesal Penal latinoamericano cuando se ha abordado los principios rectores del MPF, y en el que algunos ordenamientos adjetivos han

⁶ El propio autor expresa que “correctamente el Código, art. 196, obliga al Ministerio Público a ser objetivo, dado que es una institución pública y no es el sujeto pasivo del presunto delito”. Se le impone por ello el deber de investigar con el mismo celo y con celeridad tanto las hipótesis de cargo como las de descargo, aunque la expresión “...que resulten útiles para averiguar la verdad...” es muestra más de cierto atraso técnico de este cuerpo normativo”.

incluido conjuntamente la imparcialidad y la objetividad —considero que este último debe prevalecer por la calidad de parte del fiscal— que:

La verdad del juicio y la libertad de los inocentes que forman las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción penal exigen órganos extraños e independientes de cualquier interés o poder. ‘El principio de imparcialidad obliga a velar por la correcta aplicación de la ley conforme un criterio objetivo’. La formulación indica que el MPF debe orientar su actuación a la realización de la ley, hacia el descubrimiento de la verdad real, sin que medien, en el cumplimiento de este objetivo, intereses de tipo político o económico que puedan calificarse de alguna manera, como subjetivos frente al objetivo por la aplicación de la ley penal⁷. (Garita, 1991, p. 73)

En nuestro ordenamiento procesal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expresado en el sentido que por su naturaleza el Ministerio Público Fiscal tiene como objetivo central respetar y solicitar la observancia y aplicación de la ley, siendo defensor de la legalidad, conforme (Fallos: 16:210), (Fallos: 323:4.130), (Fallos: 319:1.855), entre otros.

El artículo 197 aborda el denominado legajo de investigación; así expresa: El representante del Ministerio Público Fiscal formará un legajo de investigación, con el fin de preparar sus planteos, el que no estará sujeto a formalidad alguna, salvo las normas prácticas sobre registro que dicte el Procurador General de la Nación. El legajo pertenece al representante del Ministerio Público Fiscal y contendrá la enumeración de los documentos y elementos de convicción recogidos por él, y un resumen sumario de todas las diligencias practicadas, de los datos obtenidos con indicación de la fecha y hora de su realización y de la identidad de los sujetos intervinientes y de los entrevistados. En ningún caso podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional.

Del mismo modo, la defensa deberá acceder a toda la información que se haya recolectado en el legajo de investigación luego de su formalización y en los de investigación de la querrela y la defensa, se regirán de conformidad con las reglas del artículo 128, inciso b), de este Código.

El fiscal actuante llevará el denominado legajo de investigación, así las diligencias preliminares deben constar en él los informes y los documentos que pueden incorporarse al posterior debate. Este no estará sujeto a formalidad, con la salvedad de las denominadas *normas prácticas sobre registro* que su dictado será a cargo de la Procuración General de la Nación.

⁷ En este sentido, han sido de vital importancia efectuados por FERRAJOLI, Luigi en su obra originaria: *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Italia: Littera, 1989.

La investigación del Ministerio Fiscal es una actividad, ahora en el nuevo ordenamiento procesal, desformalizada que está dirigida a constatar la posible existencia de un hecho delictuoso y las circunstancias del mismo, a efectos de establecer y asegurar los elementos de prueba necesarios que serán evacuados durante el juicio y para tener por acreditada la posible intervención del imputado.

En opinión de González Álvarez (1996), la desaparición de la instrucción formal del juez instructor y su reemplazo por una investigación preparatoria por parte del fiscal, no solo fortalece la oralidad con las consecuencias que ella implica en lo referente a inmediatez, contradictorio, concentración, valoración de la prueba, fundamentación de la sentencia etc., sino que también dinamiza el proceso y deja de lado formalidades que pueden complotar con la celeridad de la investigación, siempre con respeto de irrestricto de las garantías constitucionales.

La etapa tiene como objeto investigar los datos que demuestren el acaecimiento de la comisión de un delito —conforme lo expresan Falcone y Madina (2005)—, los datos desconocidos que en principio no están sujetos al régimen de verificación y comprobación de los hechos propios de la etapa oral.

En el mismo sentido y como se viene desarrollando en el procedimiento penal chileno, la desformalización de la investigación significa que todas las actividades dejan de ser desarrolladas por un órgano judicial (juez de instrucción) que conforme determinada ritualidad prevista por la ley y pasan a ser efectuadas por el Ministerio Público Fiscal (Duce & Riego, 2002).

A la vez, dentro del régimen de garantías vigentes, el carácter desformalizado de la investigación presenta un aspecto que podría denominarse —como también se hace en Chile— flexibilidad. Conforme se otorga a los órganos de persecución penal ciertos “espacios de libertad para organizar el sistema de investigación de acuerdo con lo que estimen pertinente” (Duce & Riego, 2002, p. 120).

La norma prevé que el legajo no puede ser consultado en ningún caso por el órgano jurisdiccional, ello de acuerdo con la división de funciones impuesta en el nuevo ordenamiento procesal penal.

En lo referente a la defensa, tanto oficial como particular, podrá acceder a la información colectada en el legajo de investigación luego de su formalización. En este sentido y conforme lo emergente del artículo 221 del nuevo CPPN, la formalización de la investigación preparatoria es:

El acto por el cual el representante del Ministerio Público Fiscal comunica en audiencia al imputado, en presencia del juez, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de prueba con que cuenta. (Ley 27.063)

Es a partir de allí que empieza avanzar el plazo de duración del proceso, con las consecuencias que ello implica.

En relación con los legajos de investigación que llevan la querrela —acusación particular— y la defensa —particular u oficial— se rigen por las pautas adjudicadas en el artículo 128 inc. b) de este Código. Así lo expresa la propia norma procesal citada en último término, tanto la querrela como la defensa podrán coleccionar por sí mismas las pruebas que consideren necesarias y solo recurrirán al fiscal si es vital su intervención. Asimismo, se prevé que, si existe por parte del representante del Ministerio Fiscal, pueden recurrir ante el órgano jurisdiccional competente a efectos que ordene las medidas requeridas.

La prueba que pueda producir la querrela se incorporará como anexo al legajo de investigación del Ministerio Fiscal, en tanto así lo solicite, al contar con la defensa particular u oficial su propio legajo de prueba.

Es claro que el derecho a probar integra el de defensa en juicio (artículo 18 de la CN). Por tanto, los tratados internacionales consagran el derecho de averiguación de prueba que posee la defensa en el ejercicio de su Ministerio. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP) en su artículo 14. 3 e) considera que toda persona que se encuentre acusada de un delito, posee el derecho en plena igualdad de “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo...” (PIDCYP). En el mismo sentido, la CADH en su artículo 8.2 y conforme lo expresa el punto f) el derecho de la defensa —particular u oficial— a “interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...” (CADH).

En el ordenamiento procesal comparado resulta acertada la opinión de Romero Muza (2011), al referirse al procedimiento penal chileno que expresa lo siguiente en relación con el legajo de la defensa:

...se trata de un acopio de información que paralelamente a la investigación fiscal va cumpliendo en forma particular y progresiva el defensor, sea por sus propios medios, o a través de los antecedentes que el imputado o su familia logren averiguar y aportar, como principales interesados en colaborar a este fin; o incluso, re-

curriendo al propio Ministerio Público para examinar su carpeta de investigación fiscal o para solicitarle diligencias que escapen al alcance de la defensa. (p. 367)

En lo pertinente al valor probatorio, la norma contenida en el artículo 198 del CPPN expresa: Las actuaciones de la investigación preparatoria no tendrán valor para fundar la condena del acusado. No obstante, aquellas podrán invocarse para solicitar o instaurar una medida cautelar, plantear excepciones e instar el sobreseimiento (Ley 27.063).

Las actuaciones llevadas adelante en la investigación penal preparatoria no contarán —como bien lo expresa a la propia norma adjetiva— con valor suficiente para fundar la sentencia de la persona que resulte acusada de un delito. Sin perjuicio de lo expuesto, las actuaciones de la investigación analizada pueden ser utilizadas con el objeto de requerir o instituir alguna de las medidas cautelares o excepciones previstas en este ordenamiento procesal penal, como también solicitar el sobreseimiento del imputado.

Bertolino (como se citó en González Álvarez, 1994):

...los elementos de convicción que recoja (el fiscal) durante la investigación preparatoria, solo tendrán valor para dar fundamento a la acusación o al sobreseimiento, en su caso. Si se pretendiera utilizar esas pruebas para implantar la sentencia, habrá que reproducirlas durante el juicio, bajo el régimen del contradictorio pleno, salvo que hubiesen sido cumplimentadas con arreglo al régimen de actos definitivos e irreproducibles... (p. 575)

En este sentido y al relacionar el presente con el art. 197 del CPPN, un legajo de investigación desformalizado conforme lo expresan García Yomha y Martínez (2011):

Consiste en un registro en el que el Ministerio Público Fiscal consigna aquella información básica (con fines de garantía para contralor de la defensa) que le permitirá preparar adecuadamente su presentación ante el juicio. Es decir, es el registro sobre la actividad que desarrolla el Ministerio Público Fiscal. Además, como uno de los objetivos básicos de la investigación penal preparatoria es la necesidad de que existan estrategias de investigación, aquella requiere dinamismo y eficacia en la búsqueda de la información. (p. 279)

Con relación a la actuación jurisdiccional el artículo 199 del Código Procesal Penal de la Nación, considera que corresponde al juez controlar el cumplimiento de los principios y garantías procesales y, a petición de parte, ordenar los anticipos de prueba si correspondiera, resolver excepciones y demás

solicitudes propias de esta etapa. El juez resolverá los planteos en audiencia, conforme los principios establecidos en el artículo 105.

Básicamente son funciones del juez en esta etapa, velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales (efectuar allanamientos o la disposición de medidas cautelares), ordenar los anticipos de prueba a petición de las partes, resolver excepciones y otras solicitudes que se puedan plantear. Queda claro que no se pronuncia sobre el mérito de la causa.

Durante este periodo, el juez no debe valorar el mérito de la investigación, sin perjuicio de analizar con respeto las garantías constitucionales, con el fin de pronunciarse sobre las medidas cautelares que se soliciten y la desestimación. Lo anterior, debido a que no es en este momento en el que deba pronunciarse sobre el sobreseimiento, el procedimiento abreviado, la apertura a juicio, la suspensión de juicio a prueba, entre otros criterios.

Cabe analizar como lo hace González Álvarez (1994), que a diferencia del sistema que venía adelantando el juez de instrucción, no es el *dominus* de esta etapa. Con base en el artículo 120 de la Carta Magna nacional, se había comenzado con la separación de las funciones de acusar y juzgar. Se distingue claramente en esta fase a quien corresponde la tarea investigativa (Ministerio Público Fiscal), y el sujeto que debe controlar el respeto de los derechos y garantías constitucionales —el juez—, sin fundir como hasta el momento, ambas funciones en la misma persona.

Al juez le corresponde —como a todos los jueces en general— garantizar el respeto de los derechos fundamentales. En especial debe controlarla o, como opina cierto sector de la doctrina, ejercer una labor de vigilancia y contralor sobre la policía y el fiscal durante la investigación, con el propósito de velar que no se lleven adelante cuestiones que puedan resultar arbitrarias (González Cuéllar, 1990).

La posibilidad de que se anticipen pruebas en el curso de la investigación penal preparatoria o en el procedimiento intermedio, responde a una doble exigencia, por un lado, hacer frente a las situaciones en que se presenta la necesidad de asumir en ese momento actos no reenviables al debate, destinados a ser utilizados como prueba en el juicio y por otro, no reproducir un esquema de algún modo asimilable al modelo de la instrucción formal (Neppi Modona, 1993).

A efectos de guía, considero agregar lo expresado por González Álvarez (1995), quien sigue entre otros a Ferrua, que hay cuatro tipos de prueba, según la autoridad que la reciba, el momento en que lo haga y su utilidad procesal:

En primer lugar, ‘las pruebas definitivas, recibidas por el fiscal y la policía durante las investigaciones, las cuales pueden inducirse al debate mediante lectura. Algunas son irreproducibles, como los decomisos, mientras que otras son repetibles, como cierto tipo de prueba documental y los informes de autoridades’. En segundo lugar, las pruebas anticipadas ‘recibidas con citación de las partes por el juez, que también pueden ser definitivas e irreproducibles como el registro de un lugar habitado, o repetibles, como la declaración de una persona. Algunas se cumplen incluso sin previo aviso’. En tercer lugar, las pruebas anticipadas recibidas ‘en el curso del proceso, pero sin efecto para el juicio’. Las hallamos para dos efectos concretos: 1) aquellas recibidas exclusivamente para pronunciarse sobre las medidas cautelares; 2) aquellas aceptadas únicamente para tomar una decisión en la audiencia preliminar, como por ejemplo el sobreseimiento. En cuarto lugar, la prueba admitida ‘en la etapa de juicio, tanto en la audiencia del debate como fuera de él’⁸. (p. 593-594)

Como lo indica la nueva normativa, el juez podrá resolver excepciones que deben solventar los planteos efectuados en audiencia, hecho que convierte en más ágil y con respeto al principio de inmediatez el proceso, conforme los contenidos en el artículo 105 de este cuerpo legal y que han sido abordados precedentemente.

El artículo 200 del CPPN —Ley 27.063— y en lo referente al acceso a los actos de investigación, la norma expresa: La investigación preparatoria será pública para las partes o sus representantes, pero no para terceros, salvo las audiencias, siempre que ello no afecte el orden público, la seguridad o el éxito de la investigación. Los abogados que invoquen un interés legítimo serán informados sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados o detenidos que existan. La información que recabe la defensa en su legajo de investigación no será pública para las restantes partes y podrá ser presentada al representante del Ministerio Público Fiscal durante la investigación penal preparatoria, utilizada en las audiencias preliminares para avalar sus pretensiones o al momento de la audiencia de control de la acusación.

Queda claro que la investigación preparatoria será pública únicamente para las partes o sus representantes, y quedan excluidos los terceros, con excepción de las audiencias y siempre y cuando no se vea afectado el orden público, la seguridad o el éxito de la investigación. En este sentido, la norma busca proteger la propia investigación y la aplicación de la ley penal, en la

⁸ Se ha tomado la interesante opinión de Paolo Ferrua, en *Il giudice per le indagini preliminari e l’acquisizione delle prove*. En: *Rivista di Diritto Processuale*, anno L (Seconda Serie) n.º 1, gennaio-marzo, 1995. P. 593/594.

medida en que al inicio de la investigación la publicidad puede comprometer el éxito de las mismas.

El Código Procesal de Córdoba contiene una norma similar (vid. Artículo 312 CPPC) y es así que, a diferencia del debate, cuyo rasgo principal es la publicidad, hace referencia a lo siguiente:

La investigación preparatoria se caracteriza por la reserva respecto de extraños (publicidad externa) y por una cada vez menos menguada publicidad respecto de las partes (publicidad interna) (Cafferata Nores & Tarditti, 2003, p. 21-22).

Como bien lo expresa Clemente con cita de Clariá Olmedo y Núñez, la publicidad es un principio que rige en toda su extensión para los actos del juicio propiamente dicho:

Pero su aplicación se reduce en otras etapas del proceso, en particular durante la investigación penal preparatoria, toda vez que la publicidad externa o popular de investigación instructoria, vale decir para terceros, no tiene razón de ser en el proceso moderno. Sería poner en la picota pública a un imputado que todavía no soporta el peso de la acusación, sin determinar aún si debe ser sometido a juicio. Además, esa publicidad externa puede perjudicar el éxito de las investigaciones, que entorpecen el descubrimiento de la verdad. (Clemente, 1998, p. 104)

Exceptúa la regla de la reserva impuesta por la norma adjetiva para quien no es parte, la permisión que emerge de la misma normativa, respecto de los abogados que tengan un interés legítimo, pudiendo ser informados sobre el hecho investigado, así como de las personas que resultan imputadas o en su caso de los detenidos existentes.

Por último, queda claro que la información que pueda recabar a defensa, tanto oficial como particular en su legajo de investigación —al que ya nos referimos precedentemente— no resultará pública para las partes restantes y podrá ser presentada al representante del Ministerio Público Fiscal, durante el tiempo de la investigación penal preparatoria. También puede ser esgrimida por la defensa en las audiencias preliminares a efectos de fundar sus pretensiones y utilizarla en la de control de la acusación, prevista en el artículo 246 del nuevo ordenamiento procesal penal de la nación.

Es así que la información que recoja la defensa del o de los imputados en su legajo de investigación, no resulta pública para las partes restantes, circunstancia que encuentra amparo en el artículo 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, facultativo de quien ejerza la defensa el presentarlo o no al fiscal,

ello en legítimo ejercicio de su ministerio. Queda la posibilidad de ser presentada por la defensa en las etapas que la propia norma procesal indica.

La norma prevista en el artículo 201 del nuevo Código Procesal Penal considera que si resultara indispensable para garantizar el éxito de la investigación, el representante del Ministerio Público Fiscal, por resolución fundada y por única vez, podrá disponer la reserva total o parcial del legajo de investigación por un plazo no superior a diez (10) días consecutivos. La caducidad se podrá prorrogar por otro igual y, en ese caso, cualquiera de las partes merecerá solicitar al juez que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva.

Si la eficacia de un acto particular dependiera de la reserva parcial del legajo de investigación, el representante del Ministerio Público Fiscal, previa autorización del juez, podrá disponerla por el plazo que resulte indispensable para cumplir el acto en cuestión, el que nunca superará las cuarenta y ocho (48) horas. La autorización se resolverá en audiencia unilateral de forma inmediata.

El presente artículo otorga al Ministerio Público Fiscal la potestad de decretar por resolución fundada, la reserva total o parcial del legajo de investigación cuando resulte necesario para el éxito de investigación, y asienta el plazo de diez días consecutivos. El tiempo expuesto podrá prorrogarse por diez días y en ese caso cualquiera de las partes puede requerir al juez que examine la medida de reserva dispuesta y en su caso la revoque si lo considera adecuado.

El segundo párrafo de la normativa citada precedentemente, autoriza que en cualquier momento se pueda disponer la reserva parcial del legajo de investigación por parte del Ministerio Público Fiscal, en caso de que se pueda poner en peligro la eficacia de un acto de investigación en particular. Se prevé por la norma en esta última hipótesis la intervención jurisdiccional.

Conforme lo expresa Cruz Castro (1996), el “secreto de las actuaciones es una medida de limitados efectos que pretende al igual que el encarcelamiento preventivo y la incomunicación, asegurar razonablemente y conforme al principio de proporcionalidad, el éxito de la persecución penal” (p. 251).

En este último caso se dispone un límite de cuarenta y ocho (48) horas. Es el tiempo máximo para la reserva del legajo de investigación, a efectos de llevar adelante un acto en particular. Además, siempre debe resolver la autorización en audiencia unilateral de manera inmediata; es un claro ejemplo de la importancia que le ha concedido el legislador a la oralidad en el nuevo ordenamiento procesal.

En el ordenamiento chileno que en parte ha influido tanto en el presente ordenamiento como lo efectuó con el Código Procesal Penal de Chubut, pio-

nero en el proceso de reforma en nuestro país, la oralidad es uno de los componentes característicos del nuevo proceso penal. La acción no solo es relevante para la regulación del juicio oral, sino que resulta ser el mecanismo o metodología central en la etapa de investigación preliminar. La oralidad favorece sin duda la agilidad del sistema adversarial y la inmediatez (Duce & Riego, 2002).

Referencias

- Arboleda Vallejo, M. (2013). *Código Penal y de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C, Colombia: Leyer.
- Becerra, N. (2004). *El Ministerio Público Fiscal*. Buenos Aires-Madrid: Ciudad argentina.
- Bertolino, P. & Silvestrini, A. (2013). *Proceso y procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Binder, A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Buompadre, Jorge E. (2015). *Código Procesal Penal de la Nación*. Villada, J. (Director). Córdoba, Argentina: Advocatus. 2017.
- Cafferata Nores, J. & Tarditti, A. (2003). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Córdoba, Argentina: Mediterránea.
- Clemente, J. (1998). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Córdoba, Argentina: Lerner.
- Cruz Castro, F. (1996). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, Costa Rica: Editorial del Poder Judicial.
- Duce, M. & Riego, C. (2002). *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Chile: Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.
- Falcone, R. & Madina, M. (2005). *El Proceso Penal de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires, Argentina: AD-HOC.
- Fallo, A. 2098 (2007). Recurso de hecho. Amodio, Héctor Luis s/causa n.º 5530 CSJN 12/6/2007.
- García Yomha, D. & Martínez, S. (2011). Lineamientos para una investigación desformalizada. *Revista de Derecho Procesal Penal*. 1- 2011, p. 52.
- Garita, A. (1991). (Directora de Proyecto). *El Ministerio Público en América Latina*. San José, Costa Rica: Editorial del Poder Judicial.
- González Álvarez, D. (1994). El proceso penal mixto del sistema de juzgados de instrucción clásicos a la instrucción procesal en introductorio. *xiv Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Volumen I, p. 56.

- González Álvarez, D. (Compilador). (1996). *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. Edición Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, Costa Rica: Consejo del Poder Judicial.
- González Cuéllar, N. (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid, España: Colex.
- Neppi Modona, G. (1993). Indagini premiliminari e udiencia preliminar. *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale, a cura di Giovanni Conso e Vittorio Grevi*. CEDAM, Padova 3.^a Edición.
- Pastor, D. (2015). *Lineamientos del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi
- Romero Muza, R. (2011). La investigación de la defensa frente a la investigación fiscal. *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2011 Volumen 1, p. 33.
- Romero Villanueva, H. & Grisetti, R. (2015). *Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot
- Tazza, A. (2015). *Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Mar del Plata.

La corrupción en Ibagué (2012-2015): indicadores y percepción

Diego Andrés Perdomo Lesmes*

Resumen. Las dicientes cifras de la Encuesta de Percepción Ciudadana¹ en materia de corrupción, favorabilidad, credibilidad y buena gestión de la administración de Luis H. Rodríguez 2012-2015; la visibilización en los medios locales y nacionales del fracaso de los Juegos Nacionales, las reiteradas denuncias públicas de casos de corrupción y el inconformismo generalizado de los ibaguereños con dicha administración, fueron algunos de los problemas que presentó Ibagué en este periodo administrativo. Lo anterior demanda con urgencia una respuesta y un trabajo analítico —que permite como objetivo del presente artículo— describir y aproximar la realidad del fenómeno social que es la corrupción.

Inicialmente, el documento se concentrará en realizar avances conceptuales sobre este fenómeno. Luego, se analizará el Índice de Gobierno Abierto (IGA) y el Índice de Desempeño Fiscal (IDF) como indicadores de buen gobierno. Finalmente, se compararán estos con los resultados de la Encuesta de Percepción Ciudadana de los ibaguereños, con el fin de realizar una aproximación a la corrupción en Ibagué, y encontrar posibles relaciones entre los dos componentes —indicadores y percepción—, durante la administración de Luis H. Rodríguez.

Palabras claves: Corrupción, favorabilidad, confianza, buena gestión, percepción, rendimiento, realidad.

* Politólogo de la Universidad de Ibagué, estudiante de Economía de la Universidad de Ibagué. diegoperdomo729@hotmail.com

¹ La Encuesta de Percepción Ciudadana es realizada anualmente por el Programa *Ibagué cómo vamos* y tiene como fin, la medición de la calidad de vida con el propósito de incidir en las políticas públicas. Esta busca medir el nivel de satisfacción de la ciudadanía y visibilizar problemáticas.

1. Hacia una conceptualización de la corrupción

Para cumplir con el objetivo del texto es sumamente importante definir el concepto de corrupción, lo cual es problemático, ya que existen innumerables ilustraciones con diferentes enfoques. “La definición de corrupción termina determinando lo que se modela y qué se mide” (Arvind, 2001, p. 14). La corrupción es un fenómeno complejo y su dinámica varía dependiendo del contexto, es decir, es multifacético con distintas causas y consecuencias, de acuerdo con las particularidades de la sociedad en la cual se radique. Estas características —en su gran mayoría culturales— son las causales del posicionamiento de este fenómeno en un territorio.

Para empezar, se localizaron tres definiciones que, complementadas entre sí, permitirán formular una en conjunto. En primer lugar, Tanzi (1994) la define como: “Todo acto por parte de las actividades gubernamentales, sean estos hacedores de política o burócratas, que se desvía del objetivo de brindar mayor bienestar social motivado por un fin de lucro personal o en beneficio de familiares o allegados” (p. 20).

La segunda fue aquella que se arriesgó a ofrecer Fernando Cepeda en su libro *La corrupción en Colombia*. En él expresa que el término afecta diversos espacios y escenarios, y, aunque se tomará únicamente desde el sector público, puede ser entendida como:

La desviación u omisión en los principios, en las funciones y en las actividades por parte de quienes detentan algún tipo de poder, con el fin de obtener beneficios económicos, políticos y de posición social o laboral para sí mismos o para terceros. (Cepeda, 1997, p. 215)

La tercera, la proporcionaron Manuel Villoria & Fernando Jiménez (2012) en su investigación titulada *La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos*, y la definen como: “Un abuso de posición por un servidor público, con un beneficio extraposicional directo o indirecto, con incumplimiento de normas jurídicas que regulan el comportamiento de los servidores públicos” (p. 114).

Con base en lo anterior, la corrupción será entendida como el abuso, desviación u omisión en las funciones y actividades por parte de los funcionarios públicos, con el fin de fortalecer la ineficiencia y, además, obtener beneficios económicos, políticos y de posición social o laboral para sí mismos o para terceros. Este concepto incluye tanto el pago de sobornos, como la obtención de beneficios no monetarios, las promesas de empleo y otros favores a cambio de ciertas decisiones de servidores públicos.

Así las cosas, acoge el clientelismo como un factor determinante. Por tanto: “El clientelismo, al utilizar recursos públicos derivados hacia fines privados puede producir corrupción, sin embargo, se diferencian, ya que el vínculo de la corrupción es entre iguales, y el del clientelismo entre desiguales” (Caciagli, 1996, p. 156-157).

2. Relevancia del tema objeto de estudio

La corrupción es un fenómeno que se ha venido arraigando y naturalizando en la política colombiana. Como si se tratara de un principio inherente de las prácticas del sector público, que enraizada a la cultura clientelar ganó terreno y alcanzó índices bastante altos. Según Cepeda (1997), “El narcotráfico, la violencia de grupos guerrilleros y la ineficiencia del sistema de administración de justicia; fueron las causas que agudizaron y fortalecieron este fenómeno” (p. 3).

El narcotráfico tuvo un papel muy importante en la cultura. La capacidad de corrupción, intimidación, dominación y la *cultura del dinero fácil* pronto se vieron reflejadas en los colombianos.

La riqueza fácil terminó por seducir a muchos. Ese fue, quizás su mayor efecto corruptor. Así como en otros tiempos la honestidad generaba más honestidad, en nuestro tiempo la deshonestidad genera más deshonestidad. Ese es el riesgo mayor de la corrupción que, una vez establecida, tiende a constituirse en comportamiento aceptado. (Cepeda, 1997, p. 6)

Sin embargo, es importante aclarar que el narcotráfico no fue el origen ni la única causa de la cultura de corrupción, simplemente fue un suceso significativo con el cual se agudizó este fenómeno.

Por otra parte, el rápido proceso de transformación de valores que vivió Colombia a partir de los años setenta, acompañado de la incapacidad del Estado para forjar el cumplimiento de la ley (ineficacia e impunidad generalizada), fueron los principales detonantes para que la corrupción se posicionara fuertemente en el sector público.

El enriquecimiento ilícito por parte de los dineros públicos es una actividad de bajo riesgo. El uso de recursos públicos por parte de dirigentes políticos regionales o municipales con el propósito central de asegurar su propia existencia y aumentar su influencia ha sido un pésimo ejemplo. (Cepeda, 1997, p. 15)

La corrupción y el clientelismo son fenómenos que entorpecen directamente la práctica de buen gobierno y consecuente a esto, afecta la calidad de vida de los ciudadanos.

Cuando la corrupción prevalece en una sociedad, se establece una situación crítica, en la cual los países y sus gobiernos no logran el desarrollo y enfrentan problemas para ofrecer los servicios más básicos como salud, educación, infraestructura, entre otros, inherentes a la construcción de una sociedad igualitaria, transparente y democrática. (Mathiasen, 2010, s.p.)

Así las cosas, la gobernabilidad, la corrupción y la calidad de vida, vienen siendo temas profundamente ligados uno del otro. Si se analizan las consecuencias de corrupción, se encuentra que los desvíos de dinero generan principalmente una crisis fiscal, que se ve reflejada en la incapacidad del Estado para atender y satisfacer las demandas de la sociedad. Esto crea un costo alto en la imagen del sector público y por ende afecta la gobernabilidad, ya que ocasiona inconformismo, pérdida de legitimidad, de confianza y de credibilidad. Además, fomenta el cinismo entre los ciudadanos, al crear un ambiente de desesperanza e indignación. Por último, disminuye considerablemente la capacidad de inversión en infraestructura para mejorar y ampliar la prestación de servicios públicos, condena a los ciudadanos al estancamiento y, en algunos casos, al deterioro de su calidad de vida.

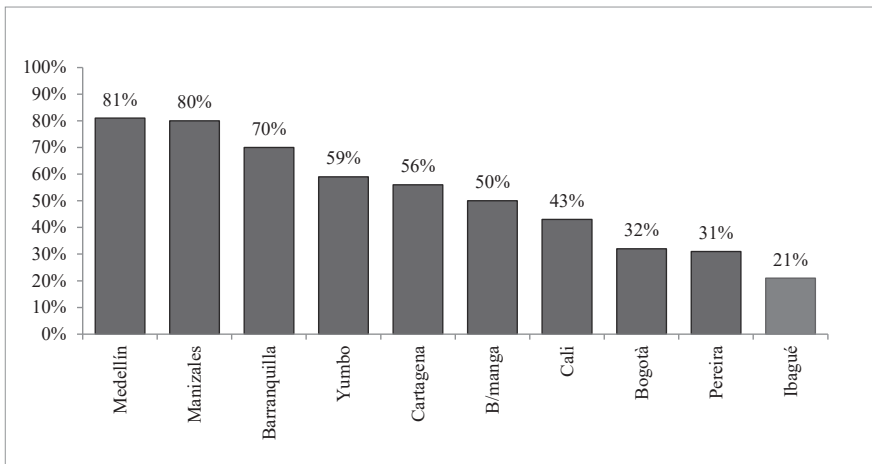
La administración de Luis H. Rodríguez se vio enmarcada bajo un ambiente de desprestigio y una permanente deslegitimación por parte de los ibaguereños. Quizá uno de los sucesos más representativos, y el agudizante de una oleada de inconformidad general en Ibagué, fue la mala planificación de los Juegos Nacionales, en la que la ciudad —sede principal del evento— no cumplió con la terminación de los escenarios deportivos, motivo por el cual se desplazaron algunas modalidades de competencias hacia otras ciudades como Cali, Bogotá, Guarne, Melgar y Rionegro. Lo anterior tuvo gran repercusión en el país, ya que se evidenció la falta de planificación, la improvisación y la fuga de recursos públicos por parte de la administración. La hipótesis del fracaso de los Juegos Nacionales como el detonante de la inconformidad de los ibaguereños se puede argumentar, ya que para el año 2015 el escándalo coincidió con la caída de la percepción ciudadana sobre el alcalde y su equipo de trabajo. Esta coincidencia quizá sea una explicación del aumento de la crisis de favorabilidad, confianza y buena gestión.

En el entorno municipal este suceso tuvo gran impacto en la imagen de la administración, puesto que, los ciudadanos mostraron un sentimiento de indignación, de poca credibilidad y de rechazo hacia la administración de Luis H. Rodríguez. Medios de comunicación local y nacional se pronunciaron al respecto con titulares muy dicentes. El periódico local *El Nuevo*

Día tituló: “Quedamos como un ‘zapato’ ante el país” y “Continúan los pronunciamientos políticos por el fracaso de Ibagué en los Juegos Nacionales”; el *Olfato* tituló: “¡Fracaso consumado! Escenarios de Juegos Nacionales se entregarán hasta el 30 de mayo de 2016”. Pero el escándalo no fue solo municipal ni regional, sino también nacional, algunos medios de comunicación como la revista *Semana* titularon: “Juegos Nacionales: Ibagué decepcionó, Chocó ratificada”.

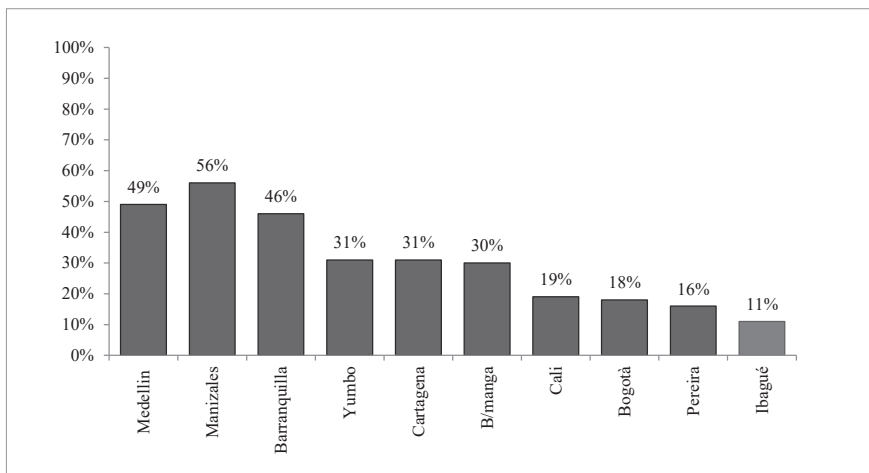
La indignación por los Juegos Nacionales, y la mala administración en general, también se reflejó en los resultados de la Encuesta de Percepción Ciudadana del Programa Ibagué cómo vamos. La crisis de favorabilidad, confianza y reconocimiento al buen gobierno de la administración de Luis H. Rodríguez es alarmante (comparándola con la red de ciudades *Cómo vamos*). En los siguientes gráficos se puede evidenciar la magnitud de la crisis en la ciudad de Ibagué.

Figura 1. Favorabilidad del alcalde y su equipo de gobierno en Ibagué para el año 2015



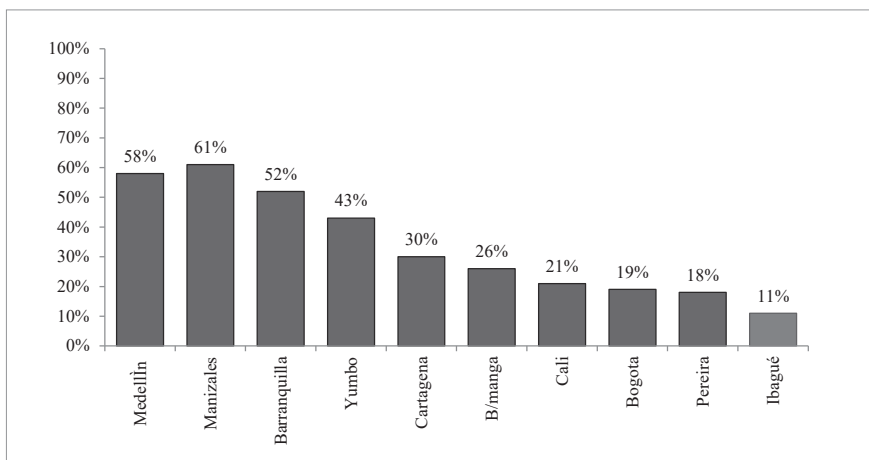
Fuente: Encuestas de Percepción Ciudadana, red de ciudades *Cómo vamos*

Figura 2. Confianza hacia el alcalde y su equipo de gobierno en Ibagué para el año 2015



Fuente. Encuestas de Percepción Ciudadana, red de ciudades Cómo vamos

Figura 3. Buena gestión del alcalde y su equipo de gobierno en Ibagué para el año 2015



Fuente: Encuestas de Percepción Ciudadana, red de ciudades Cómo vamos

Como se puede observar, en el año 2015 la magnitud de la crisis en Ibagué es la mayor en comparación con las ciudades que conforman la red de ciuda-

des Cómo vamos. Esta crisis fue influida, posiblemente, por los escándalos de corrupción, por la precaria prestación del servicio público de agua potable y saneamiento básico, por el fracaso de los Juegos Nacionales y la destrucción de escenarios deportivos, entre otros aspectos.

La corrupción y la percepción de corrupción del gobierno local son fenómenos que han venido ganando terreno en el Municipio. Por ello, es necesario y sumamente importante analizar el IGA y el IDF, con el fin de evaluar el cumplimiento de las normas estratégicas anticorrupción en el sector público; y, por otra parte, indicar por medio del análisis de los resultados del IDF, si la entidad territorial es solvente en recursos económicos.

3. Fundamentos teóricos

La crisis entre gobernantes y gobernados entraña múltiples variables influyentes; sin embargo, la siguiente tesis es pertinente para ilustrarla: los factores de rendimiento de la clase política son los que explican este deterioro, y la corrupción y la quiebra de fidelidad entre representantes y representados justifica en gran medida la desafección y la falta de confianza (Della Porta, 2000; Pharr & Putnam, 2000).

En este sentido, la corrupción es una variable determinante en la pérdida de confianza que termina por afectar la gobernabilidad y todo el sistema social. “Cuando la corrupción se convierte en la forma normal de hacer las cosas, el deterioro de la imagen dificulta la selección de los mejores para la conducción de asuntos públicos” (Villoria, 2005, p. 143).

Así, el comportamiento general comienza a influir en el comportamiento individual; para que estemos motivados a actuar moralmente en la vida política es esencial que creamos que los demás también lo están haciendo (Goodin, 1992). Esta afirmación desde el punto de vista romántico de la política, en el que todos actúan moralmente, sería la solución a la corrupción, pero, del *ser* al *deber ser* hay una brecha bastante amplia. En la actualidad la realidad es otra y, de acuerdo con la afirmación anterior, la sociedad colombiana estaría encapsulada en un círculo vicioso en el que el posicionamiento de una percepción de corrupción gubernamental extendida en la sociedad, produciría arraigo y fortaleza del comportamiento corrupto. Según Villoria y Jiménez (2012) “si existe la creencia de que la mayor parte de los otros actores sociales me van a engañar o a jugar sucio, todos tenemos incentivos para actuar de forma corrupta o indebida” (p. 113).

En una dirección similar, Gambetta & Origgi (2009) lo definen como el establecimiento de un equilibrio social de intercambios de baja calidad; situación que consiste básicamente en un contrato en el que el incumplimiento es el patrón de comportamiento, que deja como resultado una sociedad que no se preocupa por tener intercambios de calidad, sino que asume, que el intercambio efectuado o por efectuar, terminará con algún grado de incumplimiento. Este contrato de intercambios de baja calidad es una representación clara de la influencia del comportamiento general en el comportamiento individual, como lo exponen Villoria y Jiménez (2012): “Las personas confían en que los demás no cumplan sus promesas plenamente porque quieren sentirse libres de incumplir las propias y no sentirse culpables por ello” (p. 113). En este punto se ven ampliamente reflejadas algunas lógicas que sustentan la ineficiencia del sector público colombiano y del establecimiento de ella, con el propósito de fortalecer las prácticas corruptas y, por ende, generalizarlas. Así,

El mayor peligro es que, una vez consolidado este entorno de desconfianza, y si no hay respuestas institucionales eficaces que desincentiven la corrupción, se generará una estructura social mucho más favorable a las prácticas corruptas y a la condensación de las mismas. (Villoria & Jiménez, 2012, p. 112-113)

En otras palabras, se genera un ambiente de permisividad con los actos corruptos, y por lo tanto se evidencia la corrupción generalizada y aceptada. Según Cepeda (1997), encontramos Estados con actos de corrupción y Estados de corrupción; los primeros hacen referencia a las actividades ilícitas, ocasionales, localizadas, fáciles de percibir y sancionadas penal y socialmente; los segundos, a los Estados donde este fenómeno está generalizado y naturalizado y se torna como un carácter inherente en toda la sociedad (p. 214). Por ello, “es evidente que Colombia se encuentra sumergida en un Estado permanente de corrupción, no solo institucional sino social” (Cepeda, 1997, p. 214).

Combatir la corrupción es un tema bastante difícil debido a la complejidad de sus dinámicas y a la ventaja que estas representan para algunos sectores de la sociedad. Al no contar con mecanismos eficientes para mitigar la corrupción, se obtiene como resultado un costo implícito en casi todas las iniciativas de actividades, obras, programas y megaproyectos de inversión pública que se pretendan realizar. Este problema se agudiza en Colombia, debido a la ineficiencia de las entidades estatales, lo cual obliga a entrar en las dinámicas de corrupción por simple operatividad en busca de la eficiencia.

De otro modo, los retrasos en los trámites y diligencias, se incrementarían considerablemente un “tiempo muerto” en el desarrollo de proyectos que un privado y los ciudadanos con capacidad de pago no están dispuestos a asumir. Este trabajo a medio ritmo de los funcionarios públicos en muchos casos es una dinámica intencionada.

Dicha ineficiencia también es ocasionada por la dinámica que se presenta alrededor de los ascensos, o reemplazos de los funcionarios de cargos importantes, como consecuencia de los cambios de administración. Esto genera la idea extendida entre los funcionarios públicos de que la calidad y el esfuerzo por brindar un buen servicio no son importantes; pues, aunque se esfuercen y generen resultados excelentes, finalmente serán borrados por el cambio de gobierno. Esto representa un costo bastante alto de la corrupción y afecta la buena atención al ciudadano. Por su parte, la inexistencia de la meritocracia como forma de gobierno, ocasiona que los funcionarios ineficientes o corruptos tengan estabilidad laboral y que los buenos profesionales de una u otra forma sean desperdiciados en su mayoría. Según la investigación realizada por la Universidad de Antioquia sobre el impacto de la corrupción en el crecimiento económico colombiano, 1990-1999 “el clientelismo, la ausencia de meritocracia y la politización de las entidades públicas se han constituido en determinantes de corrupción y del bajo desempeño institucional” (Universidad de Antioquia, 2002, p. 59).

4. Exposición y análisis de indicadores

4.1. Índice de gobierno abierto

El Índice de Gobierno Abierto (IGA) es el resultado de la necesidad de la Procuraduría General de la Nación (PGN), de evaluar el cumplimiento de las normas estratégicas anticorrupción, con el fin de fomentar y fortalecer las buenas prácticas en la gestión pública. Este ha permitido realizar un monitoreo sistemático al cumplimiento normativo a partir del principio de *colaboración armoniosa*. (Procuraduría General de la Nación, 2012-2015, s.p.)

Esta calificación se realiza dentro de una escala de 0 a 100, en la que los valores cercanos a 0 reflejan bajo desempeño y los valores próximos a 100 representan un buen rendimiento. Mide 8 categorías y 16 indicadores agrupados en tres componentes:

Tabla 1. Categorías e indicadores del Índice de Gobierno Abierto (IGA)

Informe de resultados Índice de Gobierno Abierto (IGA) alcaldías y gobernaciones		
1. Organización de la información	1.1. Control Interno	1.1.1. MECI
		1.1.2. Control Interno Contable
	1.2. Gestión Documental	1.2.1. Ley de Archivos
2. Exposición de la información	2.1. Contratación	2.1.1. Publicación de Contratos
		2.1.2. Actualización de Contratos
	2.2. Competencias Básicas Territoriales	2.2.1. SISBÉN
		2.2.2. SIHO
		2.2.3. SIMAT
		2.2.4. SUI
	2.3. Sistemas de Gestión Administrativa	2.3.1. FUT
2.3.2. SICEP		
3. Diálogo de la información	3.1. Gobierno en Línea	3.1.1. Fase de Información
		3.1.2. Fase de Interacción
		3.1.3. Fase de Transacción
	3.2. Rendición de Cuentas	3.2.1. Audiencias Públicas
	3.3. Atención al Ciudadano	3.3.1. Atención Presencial al Ciudadano
		3.3.2. Derechos de Petición

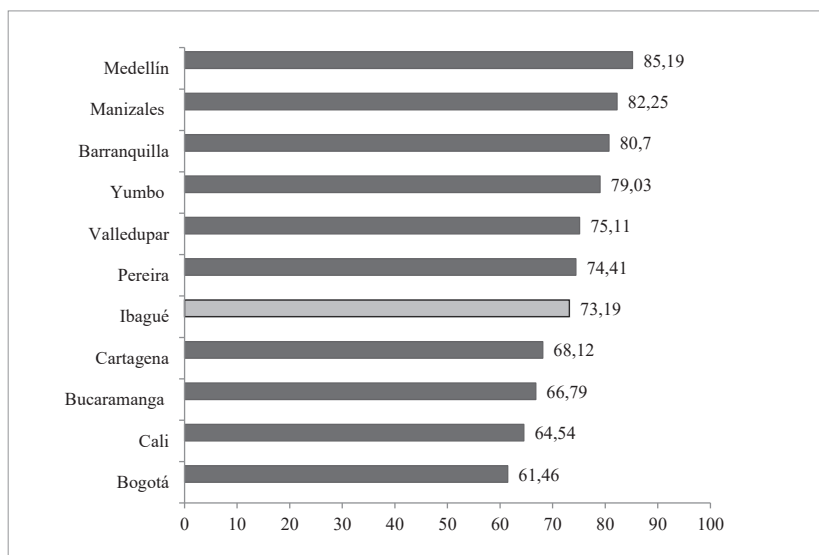
Fuente: Procuraduría General de la Nación

4.2. Análisis IGA año 2014-2015, Ibagué

El IGA en el año 2014-2015 de la ciudad de Ibagué obtuvo una calificación de 73,19 posicionándose en el lugar 294 entre los 1133 municipios evaluados y presentó una reducción significativa con respecto al año anterior, cuando alcanzó una calificación de 82,93 y se posicionó en el lugar 58.

En relación con la red de ciudades Cómo vamos, Ibagué descendió del segundo al séptimo puesto, en el ranking de las once ciudades. Presentó disminución en sus tres componentes (organización, exposición y diálogo de la información), y en seis de sus ocho indicadores para el año 2015; lo cual dejó como resultado el descenso de 236 posiciones dentro de las 1133 alcaldías evaluadas, la reducción en 9,74 puntos y la decadencia de cinco posiciones en el *ranking* general.

Figura 4. Índice de Gobierno Abierto, red Cómo vamos 2014-2015



Fuente: Red colombiana de ciudades Cómo vamos

4.3. Organización de la información

Este ítem obtuvo una calificación de 63,4. Evalúa dos categorías, una de control interno y otra de gestión documental. La primera obtuvo una calificación de 84,9 y reúne dos indicadores, que son el Modelo Estándar de Control Interno (MECI) y el de Control Interno Contable (CIC). El MECI es un instrumento gerencial concebido para facilitar el diseño, desarrollo, operación y evaluación de procesos al interior de las entidades del Estado que ayuden al logro y al cumplimiento de los objetivos constitucionales, y el CIC es la medición o valoración que se le hace al control interno en el proceso contable de una entidad pública, con el propósito de determinar la calidad, la confianza, la eficacia, eficiencia y economía de las actividades de prevención y mitigación del riesgo en la gestión contable.

Por su parte, la categoría de Gestión Documental que alcanzó una calificación de 30, se compone de un solo indicador que evalúa el grado de implementación de la Ley 594 de 2000, mediante la cual se establecen las reglas y principios generales que regulan la función archivística en las entidades públicas. Esta categoría nuevamente fue la peor calificada de todos los indicadores evaluados y no tuvo ninguna variación en comparación con el año anterior.

4.4. Exposición de la información

La valoración para este componente fue de 80,1, y representó una reducción de más de diez puntos con respecto al año anterior. Lo integran tres categorías, las cuales están compuestas por nueve indicadores. La primera es *contratación*, que evalúa la visibilidad y la transparencia de los actos expedidos en los procesos de contratación de entidades públicas del país. Aquí las alcaldías y gobernaciones deben reportar toda la información relacionada con la contratación ante el sistema electrónico de contratación estatal (SECOP) y ante las contralorías territoriales respectivas, con el fin de garantizar la eficiencia, publicidad y transparencia en la contratación pública del país. Así las cosas, esta categoría, compuesta de dos indicadores que valoran la publicación y actualización de contratos, consiguió una valoración de 74,6.

La segunda corresponde a las *competencias básicas territoriales*, que califica el reporte al SISBÉN, al Sistema Único de Información (SUI), al Sistema Integrado de Matrículas (SIMAT) y al Sistema de Información Hospitalaria (SIHO). Es preciso destacar que fue una de las competencias que obtuvo mayor variación negativa con 74,5, reflejando así una reducción de más de veinte puntos con respecto al año anterior. La última categoría, corresponde a los *sistemas de gestión administrativa*, que evalúa el grado de reporte de información al Formulario Único Territorial (FUT), a las regalías y al Sistema de Información para la Captura de Ejecución Presupuestal (SICEP). Esta consiguió una valoración de 97,8 que reflejó una mejora de más de ocho puntos. Es importante precisar que fue la única de las ocho categorías que mejoró su calificación con respecto al año anterior.

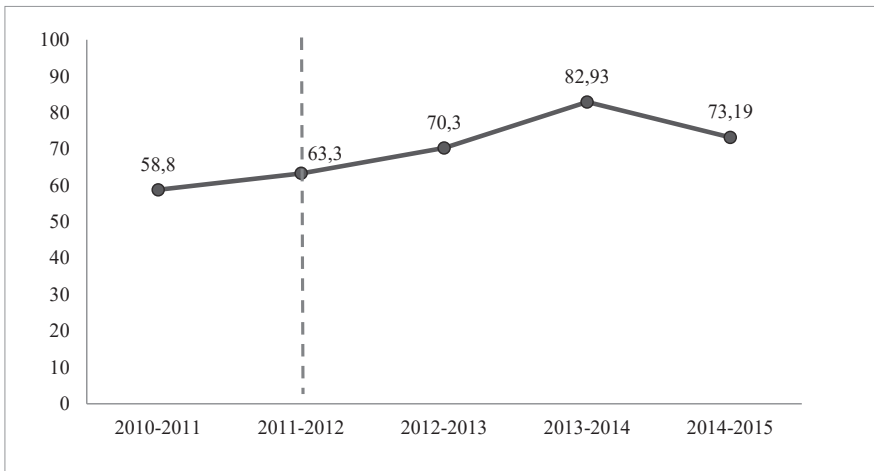
4.5. Diálogo de la información

Este componente logró una calificación de 68,2 con una disminución considerable de 14,7 puntos. Dicho componente califica el debate y el diálogo de la información de la entidad a través de tres categorías: la primera mide la implementación de la *Estrategia Nacional Gobierno en Línea y aprovechamiento de las TIC*, valorado en 71,5. Cabe destacar que esta categoría fue la de mayor reducción en su calificación con una pérdida de más de 28 puntos en comparación con el año anterior (100). La segunda es *Rendición de cuentas*, que revisa los mecanismos que favorecen o propician la participación ciudadana desde el interior de la administración y alcanzó una calificación de 71,9. Por último, se encuentra el componente denominado *Atención al ciudadano*, que puntúa el nivel de cumplimiento en materia de atención y servicio al ciudadano por parte

de las entidades territoriales. También mide el cumplimiento de los plazos de respuesta de los derechos fundamentales de petición, interpuestos por los ciudadanos o entidades públicas. La valoración que obtuvo esta categoría fue de 54,2, con una disminución de más de diez puntos con respecto al año anterior.

De acuerdo con la medición del IGA, Ibagué se ubicó en el puesto 294 en el ranking de los 1133 municipios evaluados en 2014-2015. Al comparar estos resultados con los del año anterior, se refleja un descuido de la administración en los tres componentes (organización, exposición y diálogo de la información), ocasionando su disminución, ya que en 2013-2014 se posicionó en el puesto 58 con una valoración de 82,93.

Figura 5. Balance IGA. Ibagué, 2012-2015



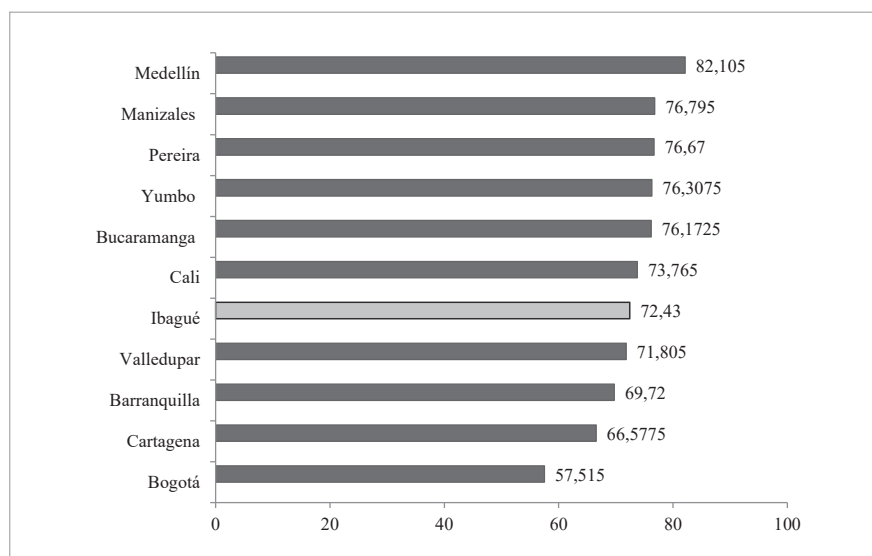
Fuente: Procuraduría General de la Nación

Luis H. Rodríguez recibió la administración en el año 2012 con un IGA calificado en 63,3 y ubicado en el puesto 206 en el ranking de los 1133 municipios evaluados. A partir de este año tuvo una curva creciente en su valoración hasta obtener su mejor calificación en el año 2014, con una valoración de 82,93 y una posición de 58 dentro del *ranking*. Sin embargo, esta tendencia creciente cambió en el año 2015, cuando obtuvo una calificación de 73,19 y se ubicó en la posición 294.

La curva fue positiva tanto para la valoración como para la posición en el ranking hasta el año 2012; sin embargo, en 2013 aumentó la evaluación

del indicador, y por el contrario la posición en el *ranking* tuvo una variación negativa y pasó del puesto 206 al 508. Esto se debe a que el aumento en el rendimiento de la organización, exposición y diálogo de la información fue aún mayor para otros municipios, situación que imposibilitó que Ibagué mejorara su posición.

Figura 6. Balance promedio comparado IGA, red de ciudades
Cómo vamos, 2012-2015



Fuente: Procuraduría General de la Nación

En el análisis de los resultados del IGA desde el año 2012 al 2015, ejecutado con el fin de tener un balance de las administraciones de las diferentes ciudades durante este periodo, Ibagué se posicionó en el puesto séptimo con referencia a las once ciudades de la red de ciudades *Cómo vamos*. Por consiguiente, su posición fue muy por debajo del promedio de ciudades como Medellín y Manizales, y por encima de ciudades como Bogotá y Cartagena. Dentro de los resultados anuales de dicho lapso Ibagué obtuvo un promedio de 72,43.

4.6. Índice de Desempeño Fiscal

El Índice de Desempeño Fiscal (IDF) es una medida adoptada por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), con el fin de hacer seguimiento a los

asuntos financieros de las entidades territoriales, por medio de la valoración de seis indicadores. Estos son medidos por metodologías cuantitativas según la información proporcionada por las mismas entidades territoriales y algunas entidades del Estado. El resultado permite determinar si el municipio es solvente en recursos económicos, se encuentra en niveles de alerta o si ha generado un deterioro en las finanzas que posicionan en *insostenible*.

Es importante precisar, que la metodología de evaluación del IDF, establece cinco rangos de clasificación dentro de una escala de 0 a 100 puntos, en el que cero es el menor y cien, el mayor. Estos rangos agrupan los municipios de acuerdo con los resultados obtenidos. Se clasifican en:

- Solvente: entidades territoriales cuyo resultado fue igual o superior a 80 %.
- Sostenible: entidades territoriales cuyo valor se situó entre 70 y 80 %.
- Vulnerable: entidades territoriales cuyo resultado está entre 60 y 70 %.
- Riesgo: entidades territoriales cuyo resultado estuvo entre 40 % y 60 %.
- Deterioro: entidades territoriales con una valoración menor o igual a 40 %.

Es importante aclarar que, por limitaciones para obtener la información, —el DNP aún no ha expedido el índice del año 2015— el análisis se efectuará del año 2012 al año 2014. Por tanto, los resultados de los indicadores que conforman el IDF para Ibagué en 2014 fueron los siguientes:

Respaldo al servicio de la deuda: Se obtiene como la proporción de los ingresos disponibles que están respaldando el servicio de la deuda. Obtuvo una valoración de 8.9. Lo ideal o lo esperado es que la deuda total no supere la capacidad de pago de la entidad y no comprometa su liquidez en la cancelación de otros gastos.

Dependencia de las transferencias de la Nación y las regalías: Mide la importancia que los recursos tienen en relación con el total de las fuentes de financiación. Es decir, indica el peso que tienen en el total de ingresos y el grado de importancia para el financiamiento del desarrollo territorial. El resultado de este indicador fue de 65,2, que señala que Ibagué financia sus gastos principalmente con recursos de transferencia de la Nación y regalías. Ello finalmente refleja alta dependencia de las transferencias para el financiamiento del desarrollo del Municipio. Es importante precisar que los recursos de regalías para Ibagué son prácticamente insignificantes; según cifras de la Secretaría de Hacienda de Ibagué, las transferencias de la Nación están determinadas casi en su totalidad por las transferencias del Sistema General de Participación.

Autofinanciamiento de los gastos de funcionamiento: La ciudad logró una valoración de 45,06; lo cual refleja que gran parte de los recursos de libre destinación se utilizaron para pagar nómina y los gastos generales de operación de la administración municipal. Es importante prestar atención a este dato, ya que lo deseable es que sea igual o menor a 65 %, según lo establecido por la ley 617 de 2000². Es decir, los gastos de funcionamiento no podrán superar el 65 % de los ingresos corrientes de libre destinación.

Generación de recursos propios: Evalúa la capacidad y el esfuerzo fiscal de las administraciones por generar rentas tributarias propias, y busca reflejar el peso de los ingresos tributarios en el total de ingresos corrientes. Por lo tanto, contribuye a medir la importancia de los recursos de generación propia, frente a otras fuentes de financiamiento externo. Este indicador obtuvo una calificación de 85,0, que revela que el esfuerzo y la generación de recursos tributarios propios son altos.

Magnitud de la inversión: Permite cuantificar el grado de inversión que efectúa la entidad territorial, con relación al gasto total. Alcanzó una valoración de 85,5, que significa que más de la cuarta parte de los recursos de Ibagué se destinaron para la inversión. Esta no solamente se encuentra representada en la formación bruta de capital fijo (inversión en hospitales, escuelas, vivienda, etc.), sino también, en apoyo a la educación, salud, alimentación y otros.

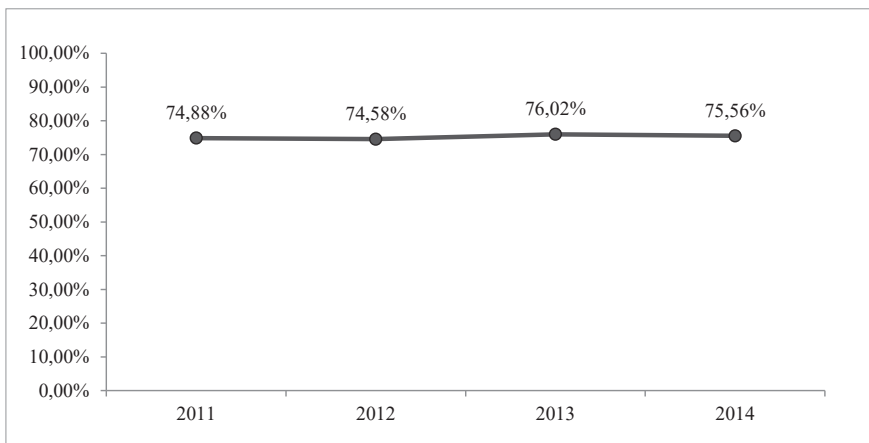
Capacidad de ahorro: Evalúa la solvencia de la entidad territorial para generar excedentes propios que se destinen a inversión. Esta capacidad de ahorro es determinada por el balance de los ingresos y gastos corrientes. Con base en ello, Ibagué obtuvo una calificación de 51,3, que indica que la administración goza de solvencia para generar excedentes propios. Es decir, que la capacidad de ahorro para el Municipio en 2014 fue positiva.

Así, una vez se agrupan los seis componentes, la capital del Tolima obtiene un IDF de 75,56, que, según los rangos de interpretación, la ubica en las ciudades sostenibles, como resultado de un buen desempeño en los indicadores evaluados. Con ello, se goza de finanzas públicas saludables, cumple con los límites de gasto de la Ley 617 del 2000, presenta una buena capacidad para generar ahorro corriente y expone un porcentaje alto de gasto en inversión (más de la cuarta parte). Adicional, sus ingresos le permiten tener un alto respaldo

² Ley 617 del 2000. Artículo 6.º Valor máximo de los gastos de funcionamiento de los distritos y municipios. Durante cada vigencia fiscal los gastos de funcionamiento de los distritos y municipios no podrán superar como proporción de sus ingresos corrientes de libre destinación, los siguientes límites: especial 50 %, primera 65 %, segunda y tercera 70 %, cuarta, quinta y sexta 80 %.

de endeudamiento y la generación de recursos propios es alta. A pesar de lo anterior, la dependencia de las transferencias de la Nación y las regalías es alta y por lo tanto estos recursos son determinantes en el desarrollo de Ibagué.

Figura 7. Evolución del IDF en la administración de Luis H. Rodríguez. Ibagué, 2011-2015



Fuente: Departamento Nacional de Planeación

Para el año 2012, Ibagué obtuvo un IDF valorado en 74,58. En 2013 logró su mejor calificación con 76,02; sin embargo, en 2014, la valoración se redujo a 75,56. No obstante, en todos los años analizados se posicionó en el grupo de las ciudades sostenibles.

Por otra parte, el estancamiento refleja posiblemente un conformismo de la administración con los resultados obtenidos y quizás la ausencia de metas que apoyen el rendimiento en los indicadores que conforman el IDF. Las variaciones presentadas por los seis componentes que lo conforman, fueron mínimas desde el año 2012 hasta el año 2014.

La magnitud de inversión en 2012 consiguió una valoración de 84,9; cabe precisar que obtuvo mejoras pequeñas. Por su parte, en 2013 alcanzó su porcentaje más alto, logrando un 86,7. Aunque en 2014 presentó una disminución, al obtener una valoración de 85,5. En general, desde el año 2012 hasta el año 2014 la inversión aumentó 0,6. Según cifras de la Secretaría de Hacienda de Ibagué, la inversión tuvo un crecimiento sistemático en el periodo analizado, así mientras en 2012 se invirtieron 346 931 millones de pesos, en 2015 esta

cifra aumentó considerablemente a 626 625 millones de pesos. Para este año, los sectores que alcanzaron mayor inversión fueron 1) Educación y cultura; 2) Salud; 3) Recreación y deporte. Los campos con menos inversión fueron agua y saneamiento básico; carreteras, transporte y vías y, por último, otros. En este punto hay dos componentes que llaman la atención y que son de análisis fundamental. El primero es que a pesar de la crisis que vive Ibagué en la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico, fue el sector de menor inversión durante toda la administración de Luis H. Rodríguez. El segundo, es el mal estado de los escenarios deportivos, a pesar del aumento de la inversión en el sector de recreación y deporte, que pasó de 2375 millones de pesos en el año 2012 a 139271 millones de pesos en 2015.

Por su parte, el autofinanciamiento de los gastos de funcionamiento se mantuvo prácticamente igual. Para el año 2014 obtuvo una valoración de 45,1, es decir, una variación de 0,1 en comparación con el año 2012. En este sentido se resalta que para el año 2013 alcanzó su peor calificación con 43,3.

La capacidad de ahorro prácticamente no presentó diferencias. En 2012 consiguió una valoración de 51,6. Por su parte, en 2013 llegó a su mayor punto de capacidad de ahorro, obteniendo una calificación de 54; sin embargo, en 2014 decreció a 51,3.

Los tres componentes descritos con antelación presentaron algún tipo de variación positiva (así sea mínima) o se mantuvieron prácticamente iguales. A continuación, se presentarán los tres componentes que obtuvieron resultados negativos o variaciones que no fortalecieron la solvencia financiera de la ciudad y, por ello, son alarmantes.

El componente de generación de recursos presentó una reducción sistemática en el periodo analizado. En 2012 adquirió una valoración de 87,9, que refleja una disminución en comparación con el año 2011. Por lo tanto, desde el comienzo de la administración de Luis H. Rodríguez esta estimación disminuyó hasta llegar a una calificación de 85 en 2014, es decir, una reducción alarmante de 2,9 desde el año 2012. Según cifras de la Secretaría de Hacienda de Ibagué, los ingresos tributarios que tienen mayor participación en la generación de recursos son en su orden, el predial unificado; industria comercio y avisos, y la sobretasa de la gasolina.

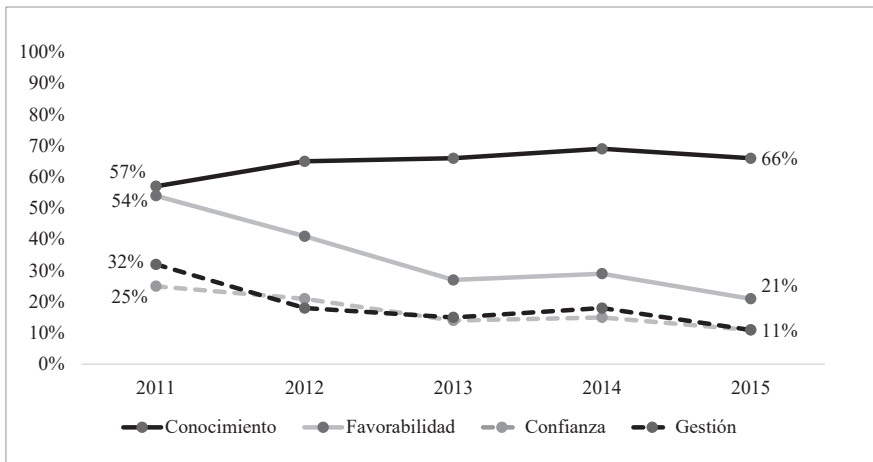
Respaldo al servicio de la deuda fue el componente que presentó mayor variación. Para el año 2012 Ibagué consiguió una valoración de 15,4. Desde aquel entonces presentó una disminución sistemática hasta llegar a su peor calificación en 2014 con 8,9, lo cual indica que la capital del Tolima se encuentra

en una situación que no le permite endeudarse, debido a que el respaldo a la deuda es muy bajo.

Por último, se encuentra el componente de dependencia de transferencias de la Nación y del Sistema General de Regalías, que refleja una situación de subordinación alarmante. En 2012 su valoración fue de 66,6, que evidencia un porcentaje alto de dependencia, no obstante, en 2013 logró una calificación de 67 (debe estar por debajo de 60), pero en 2014 la dependencia se redujo a 65.2.

4.7. *Corrupción y percepción ciudadana*

Figura 8. Gestión pública: el alcalde, su equipo y su gestión. Ibagué, 2011-2015



Fuente: Encuesta de Percepción Ciudadana, Ibagué cómo vamos

La Encuesta de Percepción Ciudadana presentó un diagnóstico de la pérdida de confianza, favorabilidad y reconocimiento a la gestión del alcalde y su equipo de trabajo. La única variable que mejoró fue la de conocimiento del alcalde, su equipo y su gestión. Lo anterior, refleja un efecto inversamente proporcional a las otras tres variables, es decir, que a mayor conocimiento de los ibaguereños sobre el alcalde, su equipo y su gestión, peor es la percepción sobre ellos.

Para el año 2012, la administración de Luis H. Rodríguez adquirió una favorabilidad de 41 %, una confianza de 21 % y un reconocimiento a la gestión de 18 %. Para el año final de su gobierno (2015), entregó la ciudad con una

favorabilidad de 21 %, una confianza de 11 % y un reconocimiento a la gestión de 11 %. Es decir, en su periodo aumentó negativamente la percepción de los ibaguereños sobre la administración. Desde el año 2012 hasta el año 2015, la favorabilidad presentó una pérdida de 20 puntos, la confianza de 10 puntos y la buena gestión una reducción de 7 puntos.

Es importante destacar que las variaciones del año 2014 al año 2015 tuvieron un comportamiento negativo tanto para el IGA como para la percepción de la administración. Así, la disminución de sus tres componentes, en especial la exposición y el diálogo de la información; coincidieron con la caída de la confianza y la buena gestión. En este punto, la caída de los componentes y de indicadores como la visibilidad de la contratación, la rendición de cuentas, la atención al ciudadano y el gobierno en línea; parecen verse reflejados en la percepción de los habitantes.

En definitiva, los resultados de la Encuesta de Percepción Ciudadana de los ibaguereños en 2015 reflejan una crisis de legitimidad, confianza y reconocimiento a la buena gestión del alcalde y su equipo de trabajo. Así mismo, detallan una percepción generalizada del aumento de la corrupción; tanto es así que para el año 2015, tan solo el 15 % cree que ha disminuido el nivel de corrupción. Contrario a esto, el 85 % considera que sigue igual o ha aumentado. En la misma dirección, tan solo un 11 % opina que la administración de la ciudad ha sido transparente en sus actividades, esto expresa que hay un 89 % que piensa que la falta de transparencia sigue igual o ha aumentado.

5. Aproximación de la distancia entre los resultados de los indicadores y la percepción

El análisis de los indicadores (IGA, IDF), refleja una disminución del desempeño en los últimos años analizados. El IGA presenta un rendimiento creciente hasta el año 2014, aunque, para el año 2015 tiene una disminución significativa en su desempeño. Por su parte, el IDF revela su mejor valoración para el año 2013, pero para el año 2014 muestra una reducción. Ello marca una tendencia de variaciones negativas en el desempeño de los indicadores para los últimos años analizados de la administración de Luis H. Rodríguez 2012-2015 (IDF hasta el 2014).

En general, los resultados de la Encuesta de Percepción Ciudadana dejan muy mal evaluada la administración, debido a su desmejoramiento significativo en términos de confianza, favorabilidad, buena gestión, corrupción y transparencia.

De acuerdo con la tesis citada anteriormente, “los factores de rendimiento de la clase política son los que explican este deterioro, y que la corrupción y la quiebra de fidelidad entre representantes y representados, la que explica en gran medida la desafección y la falta de confianza” (Della Porta, 2000; Pharr & Putnam, 2000). El buen rendimiento de estos indicadores debería verse reflejado en la satisfacción y bienestar de los ibaguereños.

Por un lado, un buen rendimiento del IGA irradiaría buena organización, exposición y diálogo de la información. Por lo tanto, el buen desempeño debería manifestarse en la confianza y transparencia percibida por la comunidad. Por otra parte, un buen desempeño del IDF refleja solvencia y buen manejo de los recursos económicos, que significaría una posibilidad mayor de generar satisfacción de necesidades insatisfechas de los ibaguereños, a través de la inversión pública.

A pesar del buen desempeño de los indicadores en el comienzo de la administración y la reducción al final de esta, el gobierno de Luis H. Rodríguez no solucionó problemas históricos como la precaria prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico. Según el Informe de Calidad de Vida del año 2014, realizado por el Programa Ibagué cómo vamos, 32 de 33 acueductos del municipio no prestan el servicio de agua potable, la tasa de desempleo aumentó desde el año 2012, la brecha del desempeño de los colegios no oficiales por encima de los oficiales se mantuvo y la tasa de mortalidad infantil creció. De otro lado, los casos de VIH/SIDA también aumentaron considerablemente y, por último, el abrumador aumento de recursos de inversión destinados al sector de recreación y deporte, para el mejoramiento de los escenarios deportivos de cara a los anunciados Juegos Nacionales, terminó siendo el caso más visible y polémico en este periodo.

La permanencia de los problemas planteados termina por reflejar el bajo rendimiento y la ineficiencia de la administración, hecho que explica el deterioro o empeoramiento de la percepción en términos de confianza, favorabilidad, buena gestión, corrupción y transparencia.

Estos son problemas que afectan el día a día de los ibaguereños y la no solución de los mismos, termina definiendo la percepción negativa del rendimiento. “La realidad por excelencia, es la realidad de la vida cotidiana, es la realidad suprema a la cual me veo obligado a prestarle atención total y consecuentemente esta constituye mi actitud natural” (Berger & Luckmann, 2008, p. 39). Por lo tanto, estos problemas de la vida cotidiana son aquellos que los habitantes perciben como realidad suprema. “La imagen que los habitantes de

Ibagué tienen de su ciudad se compone de un encadenamiento de percepciones adquiridas a partir de múltiples problemas que en los últimos años forman parte de la cotidianidad propia del ciudadano” (Rojas, Correa & Castañeda, 2006).

En este sentido, los problemas reales que padece la comunidad a diario son aquellos que determinan la percepción negativa de la administración, independiente de los resultados de los indicadores. Y es precisamente porque estos últimos no miden ni buscan medir las sensaciones en sus mediciones y no pretenden conocer opiniones subjetivas.

Conclusiones

Este artículo intentó contribuir al conocimiento del fenómeno de la corrupción que existe actualmente en Colombia y en particular en Ibagué. Es cierto que los datos de los indicadores empleados para el análisis no son propiamente de corrupción, y que las encuestas de percepción posiblemente están influidas por variables no propiamente de rendimiento. Sin embargo, el análisis y el contraste de los dos indicadores con la percepción de los ibaguereños, nos ofrecen herramientas suficientemente sólidas para cumplir con el objetivo planteado.

En primer lugar, podemos concluir que los balances del índice de Desempeño Fiscal (IDF) y el Índice de Gobierno Abierto (IGA) durante la administración de Luis H, Rodríguez 2012- 2015 fueron positivos; no obstante, para el final de la administración presentaron una reducción.

En cuanto al IGA, la ciudad presentó mejoras hasta el año 2014 en los tres componentes evaluados: organización, exposición y diálogo de la información, y se ubicó dentro de la categoría de ciudades de buen desempeño. Por su parte, el IDF fue irregular en su desempeño. Para el año 2014 su calificación disminuyó y en general, presentó un evidente estancamiento. No obstante, la ciudad se ubicó en la categoría de ciudades sostenibles.

En segundo lugar, se puede afirmar que el desempeño de los indicadores no se ve reflejado en los resultados de la Encuesta de Percepción Ciudadana, debido a la distancia que hay entre estos y las problemáticas reales de la ciudad. A pesar de que Ibagué se ubicó entre las ciudades con buen desempeño y en el grupo de ciudades sostenibles, este ítem no se vio materializado ni en la solución de las problemáticas ni en la satisfacción de las demandas de los ibaguereños. Como consecuencia, el desempeño no se interpretó como una realidad por parte de los habitantes, por el contrario, la permanencia de las problemáticas en la vida cotidiana y el visible fracaso de los Juegos Nacionales, influyeron en la percepción del bajo rendimiento de los funcionarios públicos

y, finalmente, en el empeoramiento de la crisis de percepción en temas como favorabilidad, confianza, buen gobierno, transparencia y corrupción.

Lo anterior representa un reto para la actual administración de Guillermo Alfonso Jaramillo (2016-2019), la cual debe implementar estrategias para cerrar la brecha que hay entre el buen desempeño de los indicadores y la realidad de los ibaguereños con la adecuada inversión de los recursos públicos, teniendo en cuenta la priorización de problemas existentes. Ello se logra mediante una buena atención, agilización de los trámites y, lo más importante, por medio de la formulación de una estrategia que incentive a los funcionarios públicos a prestar un servicio con eficacia y calidad, con el fin de acabar o mitigar la ineficiencia intencionada que fortalece las dinámicas de corrupción.

En definitiva, los ibaguereños deben percibir la solución de sus problemáticas cotidianas para que se cree un ambiente de satisfacción y de buen rendimiento de la administración, lo cual se verá reflejado en la erradicación de la crisis o en la mitigación de esta.

Si bien es claro que el rendimiento de los funcionarios públicos es el factor más determinante de la percepción buena o mala hacia ellos, también lo es el poder que tienen los medios de comunicación en la influencia sobre dicha percepción. Por lo tanto, no sobra buscar herramientas comunicativas con el propósito de dar a conocer a los ciudadanos los buenos resultados de estos indicadores y de la administración en general. Aunque el esfuerzo debe ir más allá de difundir los resultados, es decir, es necesario buscar que los ibaguereños entiendan la importancia de los indicadores y que tengan herramientas suficientes para comprender los resultados.

Para concluir, los objetivos planteados por la investigación se cumplieron y se estableció una aproximación del fenómeno de la corrupción. Así mismo, se planteó la importancia del rendimiento de los funcionarios públicos para mejorar la percepción de la ciudadanía.

Referencias

- Arvind, J. (2001). Corruption: A Review. *Journal of economic surveys*.
- Berger, P. & Luckmann, T. (2008). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Caciagli, M. (1996). Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. *Cuadernos y debates*, (60), 156-157
- Cepeda, F. (1997). *La corrupción en Colombia*. Bogotá, Colombia: Tercer Mundo Editores.

- Della Porta, D. (2000). *Social Capital, Beliefs in Government, and Political Corruption*. Princeton: Princeton University.
- Departamento Nacional de Planeación. (2012- 2014). *Desempeño Fiscal de los Departamentos y Municipios*. Departamento Nacional de Planeación. Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible. Grupo de Estudios Territoriales. Bogotá D.C., Colombia.
- Elolfato.com*. (2015, 22 de octubre). ¡Fracaso consumado! Escenarios de Juegos Nacionales se entregarán hasta el 30 de mayo de 2016. Recuperado de <http://www.elolfato.com/fracaso-consumado-escenarios-de-juegos-nacionales-se-entregaran-hasta-el-30-de-mayo-de-2016/>
- El Nuevo Día*. (2015, 9 de octubre). Continúan los pronunciamientos políticos por el fracaso de Ibagué en los Juegos Nacionales. Recuperado de <http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/actualidad/politica/273108-continuan-los-pronunciamientos-politicos-por-el-fracaso-de-ibague-en-los->
- Gambetta, D. & Origgi, G. (2009). *L- worlds: The curious preference for low quality and its norms*. University of Oxford: Sociology Working Papers.
- Goodin, R. (1992). *Motivating Political Morality*. Cambridge: Blackwell Publishers.
- Mathiasen, B. (2010, 9 de diciembre). *Corrupción: la importancia de construir una cultura ética*. Brasil: Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) para Brasil y el Cono Sur. (s.f.). *Corrupción: La importancia de construir una cultura ética*. Recuperado de <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/imprensa/artigos/2010/09-10-la-importancia-de-construir-una-cultura-etica.html>
- Pharr & Putnam. (2000). *Disaffected Democracies*. Princeton: Princeton University.
- Procuraduría General de la Nación. (2012-2015). Índice de Gobierno Abierto.
- Programa Ibagué cómo vamos. (2012-2014). *Informe de calidad de vida de Ibagué*. Ibagué: Programa Ibagué cómo vamos.
- Programa Ibagué cómo vamos. (2015). *Encuesta de Percepción Ciudadana*. Ibagué: Programa Ibagué cómo vamos.
- Rengifo, A. (2015, 6 de octubre). Quedamos como un ‘zapato’ ante el país. *El Nuevo Día*. Recuperado de <http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/deportes/272759-quedamos-como-un-zapato-ante-el-pais>
- Rojas, M., Correa, C. & Castañeda, R. (2006). *In-formada. El fenómeno de la corrupción en Ibagué una reflexión*. Ibagué, Colombia: Fondo Editorial Coruniversitaria.
- Semana*. (2015, 6 de octubre). Juegos Nacionales: Ibagué decepcionó, Chocó ratificada. Recuperado de <http://www.semana.com/deportes/articulo/ibague-no-sera-sede-para-varios-juegos-segun-coldeportes/445242-3>

- Tanzi, V. (1994). *Corruption, Governmental Activities, and Markets*. International Monetary Fund Economic Working paper N° 94/99, p. 23.
- Universidad de Antioquia. (2002). *El impacto de la corrupción sobre el crecimiento económico colombiano, 1990-1999*. Medellín, Colombia: Lecturas de economía.
- Villoria, M. (2005). Corrupción y liderazgo público. VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno. Grupo de trabajo 24. Liderazgo Público en las Democracias, p. 142-160.
- Villoria, M. & Jiménez, F. (2012). La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. *Revista española de investigación sociológica*, (138), p. 109-134. Pp total 170.

Bibliografía recomendada

- Arndt, C. & Charles, O. (2006). *Uses and Abuses of governance indicators*. París: Development Centre of the OECD.
- Bardhan, P. (1997). *Corruption and development: a review of issues*. Universidad de California en Berkeley: Universidad de California en Berkeley.
- Bigio & Ramírez. (2006). *Corrupción e indicadores de desarrollo: Una revisión Empírica*. Perú: Banco Central de Reserva del Perú.
- Consejo Privado de Competitividad. (2015). *Informe Nacional de Competitividad 2014-2015*. Colombia: Consejo Privado de Competitividad.
- Gómez, K. & Gallón, S. (2002). El impacto de la corrupción sobre el desarrollo económico colombiano, 1990-1999. *Lecturas de economía*, 1-35.
- Solimano, A. (2008). *La corrupción: motivaciones individuales, fallas del Estado y desarrollo*. Chile: Fondo de cultura económica.

Consideraciones sobre la unificación de los tipos penales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado

Tatiana Vargas Nieto*

Resumen. Al analizar los tipos penales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, encontramos que los tres tienen como finalidad castigar a las personas que obtienen ciertos beneficios económicos por parte del Estado, sin ser verdaderos merecedores de los mismos y que, con su actuar, obstruyen los objetivos que se propone el intervencionismo para el crecimiento de la economía nacional. De esta forma, se pretende demostrar la viabilidad jurídica de la unificación de los tres tipos penales, para que sean fusionados en uno solo —fraude a subvenciones— y, a la vez, proponemos que se realice el cambio de bien jurídico protegido que actualmente tiene, para que no aparezca en el título de los delitos que atentan contra la Administración pública y sí en el título que protege el bien jurídico: Orden económico social.

Palabras claves: Fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, intervencionismo estatal, unificación de tipos penales.

Introducción

Los delitos de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado fueron creados, el primero, con

* Abogada egresada de la Universidad de Ibagué. Integrante del semillero de investigación de Derecho Penal Económico GEDPE, del grupo de investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. Correo electrónico: tatianavargas23@outlook.com

la finalidad de salvaguardar la Administración pública y, los dos siguientes, para proteger el orden económico social. Los tres tipos penales también buscan castigar la obstrucción que generan dichas conductas en el intervencionismo estatal.

Para empezar, se expondrá un breve desarrollo histórico de la intervención del Estado en la economía y, en ese sentido, se hablará de las principales reformas que ha sufrido, para terminar con su incorporación en la Constitución política de 1991. Lo anterior, con el objetivo de ubicar al lector en las normas que dieron origen a esta obligación estatal.

Conjuntamente, con el fin de reflexionar sobre la importancia que tiene para nuestra economía que el Estado intervenga de forma activa en su desarrollo, se analizarán los efectos positivos que produce dicha intervención. Para ello, nos ayudaremos de algunos ejemplos que soportan nuestra tesis: el aumento de la competitividad en el mercado, que a su vez se traduce en una verdadera efectivización del derecho a la libertad empresa, pues sanciona aquellos intervinientes que utilizan estrategias prohibidas por la ley de competencia desleal (Ley 256 de 1996), como los actos de desviación de clientela, desorganización, confusión o engaño, etc. Así, se logra que todas las personas puedan participar en igualdad de condiciones y que también se beneficie el componente más vulnerable del mercado: los consumidores, ya que, en razón a este aumento de participantes, logran obtener mejores productos a mejores precios.

En igual sentido, ocurre cuando el Estado, a través de sus entidades públicas, impulsa un sector específico de la economía en el que tiene un interés especial, porque busca su fortalecimiento por medio del otorgamiento de créditos a tasas inferiores que las ofrecidas con regularidad en el sector financiero; por tanto, permite que los beneficiarios de los mismos compitan en mercados internacionales y tecnifiquen sus medios de producción. En igual medida, el Estado reintegra los impuestos que recibe por concepto de importaciones y exportaciones, por medio de unos títulos valores que se denominan Certificados de Reembolso Tributario (CERT) que tienen como finalidad el fomento de estas actividades comerciales. Por último, se entregan ayudas, subsidios o subvenciones con diversos propósitos, pero que limitamos a aquellos que tienen como objeto el fomento de la economía; algunos permiten a los particulares consolidar sus ideas de negocio, como las estrategias formuladas por el Gobierno nacional, para generar empleos a los actores que en su momento hicieron parte del conflicto armado interno en Colombia.

Luego, se estudiará la sentencia de condena del exministro Andrés Felipe Arias que es uno de los motivos por los cuales se crea el delito de fraude a

subvenciones. Después se efectuará el análisis dogmático de este tipo penal, que comprende los sujetos activos y pasivos y el objeto jurídico y material. También se analizará cuál es la conducta que castiga este tipo penal, teniendo en cuenta que para su detección es necesario identificar el verbo rector, sus ingredientes normativos, jurídicos, extrajurídicos, y su estructura y contenido.

Para terminar, se expondrán los argumentos que sustentan la propuesta de unificación de los tres delitos referenciados, con el objetivo de mejorar la participación de justicia. Igualmente, se planteará el cambio de bien jurídico protegido —que actualmente tiene el tipo penal de fraude a subvenciones—, con la finalidad de que se proteja el orden económico social que es, a nuestro criterio, el derecho que finalmente resulta vulnerado con la práctica de estas conductas.

1. Antecedentes constitucionales del intervencionismo en Colombia

Con la reforma constitucional de 1936, impulsada por el presidente Alfonso López Pumarejo y apoyada por los ministros Alberto Lleras Camargo y Darío Echandía, se logró, entre otros grandes avances, otorgarle potestad constitucional al Estado para ejecutar la orientación y *racionalización* de la economía (Melo, 1991). Posteriormente, en la reforma de 1945 se mantuvo esta obligación estatal, y se le encomendó al Congreso fijar los planes y programas para incentivar la economía nacional (Ocampo, Bernal, Avella & Errázuriz, 1987).

Por su parte, la reforma de 1968 entregó un dominio decisorio al poder ejecutivo, con el fin de agilizar el manejo de los instrumentos de intervención. Como resultado concedió mayor injerencia del presidente de la república en el manejo monetario, en las políticas de ahorro, en el crédito público, y otras potestades que tenían una gran connotación para la economía nacional (Ocampo et al., 1987).

Finalmente, con la Constitución política de 1991, como lo manifiesta el máximo órgano constitucional, el intervencionismo estatal se presenta y desarrolla a través de los poderes públicos, de esta forma:

Un rol protagónico corresponde, sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sean de intervención económica (arts. 150.21 y 334), como otras contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o, en general, mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no solo mediante el ejercicio de la

potestad reglamentaria, sino asignándole atribuciones específicas de inspección, vigilancia y control; respecto de ciertas actividades o determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991, tanto en su parte dogmática como en la orgánica, configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010)

Lo anterior, conllevó a que se entendiera el intervencionismo estatal de dos formas. Romero Soto (como se citó en Hernández, 2015) establece que el Estado ha abandonado su papel de espectador para asumir un rol de actor y director de los cambios económicos y se manifiesta, principalmente, a través de *intervención*, es decir, de dirigir diversas políticas (crédito, control de precios, etc.) y de *protección*, que, como su nombre lo indica, su objeto es amparar el componente más débil de la sociedad: consumidores, contratantes.

Por ello, el Estado colombiano funge como la máxima autoridad encargada de garantizar que toda persona natural o jurídica pueda participar en la economía, impidiendo, como lo dispone el artículo 333 constitucional, que se restrinja la libertad en este tema y que se den abusos, en razón a la posición económica que detentan los sujetos que intervengan en el mercado.

2. El intervencionismo como motor del crecimiento económico nacional

Como indicamos en la introducción de este artículo, la intervención del Estado contribuye al crecimiento de la economía, porque por medio de sus leyes y decretos se logra —en algunos casos— la corrección de abusos y deficiencias del mercado y, en otros, apunta a disminuir las desigualdades (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010).

De esta forma, encontramos que el intervencionismo garantiza la libre competencia económica, pues la misma es definida de la siguiente manera:

Existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010)

Para que exista la libertad de competencia, y las personas puedan efectivizar su derecho a la libertad de empresa y acceder en igualdad de condiciones a

los beneficios que trae el mercado, se requiere un tercero (el Estado) que regule los comportamientos de los intervinientes, a través de premios para quienes, en el primer caso, favorezcan la economía, y sanciones para quienes la limiten a través de conductas prohibidas. Algunas se encuentran en la Ley de Competencia Desleal (Ley 256 de 1996), el Estatuto del Consumidor (Ley 1840 de 2011) y la Decisión Andina 486 de 2000, entre otras disposiciones.

A su vez, hay que tener en cuenta que el aumento de competitividad no solo es necesario para los comerciantes, sino también, para los consumidores que son los llamados a beneficiarse. En palabras de la Corte Constitucional:

Se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (art. 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010) (Subrayado fuera del texto)

Frente a las demás acciones que emprende el Estado para cumplir con su deber constitucional y legal de intervenir, se encuentran aquellas como el otorgamiento de créditos a tasas inferiores con respecto a las que se ofrecen en el mercado financiero, con el objetivo de empezar un proceso de tecnificación de sus medios de producción e impulsar a sus nacionales a competir en los mercados internacionales. En efecto,

El ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Aurelio Iragorri Valencia, presentó en Medellín las nuevas herramientas financieras de *Colombia Siembra*, las cuales brindan hasta el 40 % en Incentivo a la Capitalización Rural (ICR) y la mínima tasa de interés para los pequeños productores. Durante el foro *Colombia Siembra, más y mejores ingresos para nuestros productores*, el ministro Iragorri explicó que este año el propósito es apalancar \$ 8 billones en créditos en las condiciones del Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro), especialmente, a través del Incentivo a la Capitalización Rural y los recursos de la Línea Especial de Crédito (LEC). (Portafolio, 2016) (Subrayados fuera del texto)

En igual sentido ocurre cuando el Estado, con el propósito de fomentar la economía, reintegra parte de los impuestos que percibe por concepto de exportaciones e importaciones, cuyos niveles fija el Gobierno nacional, de acuerdo con los productos y las condiciones de los mercados a los que se dirijan (Her-

nández, 2015). Estas devoluciones se realizan a través de unos títulos que se denominan Certificados de Reembolso Tributario (CERT), antes Certificados de Abono Tributario (CAT), documentos de deuda pública emitidos al portador, libremente negociables, exentos de impuestos y cuyo fin primordial lo constituye el pago de la obligación impositiva a cargo de su tenedor legítimo, dentro de los dos años siguientes a su expedición, so pena de operarse la caducidad (Hernández, 2015).

De forma similar acontece cuando se otorgan subsidios, ayudas y subvenciones para favorecer a los particulares que procuran materializar sus ideas de negocio. Por ejemplo, María Andrea Nieto, ex directora de empleo y trabajo del SENA, explicaba que la institución tiene disponible para los emprendedores de Colombia, Capital Semilla, “unos recursos que puede utilizar cualquier colombiano para comenzar con una idea de negocio” (Urna de Cristal, 2015). El dinero se entrega a través de convocatorias y son entre 51 y 115 millones de pesos; además, se conceden a “buenas ideas, que sean sostenibles al ser evaluadas” (Urna de Cristal, 2015).

También, para incentivar algunos renglones de la economía, “Entre el 17 de octubre de 2012 y el 27 de noviembre del mismo año, el gobierno entregó subsidios a los cafeteros por \$3883 millones”. El Tiempo (como se citó en Hernández, 2015, p. 397). (Subrayado fuera del texto)

Cabe advertir que todas las estrategias anteriormente descritas se podrían resumir en la entrega de subsidios, ayudas y subvenciones, pues como se verá más adelante, la Corte Constitucional entiende los créditos de origen público a bajas tasas y el reintegro de impuestos como tipos de subsidios indirectos. En consecuencia, este es el motivo por el cual afirmamos que cuando estas conductas no se usan con la finalidad que propone el Estado, atentan contra el intervencionismo económico y el directamente afectado es el bien jurídico del orden económico social.

No está de más aclarar que la ley prevé unas limitantes para esta intervención, pues no debemos olvidar que después de todo somos un país con un modelo económico con tendencias liberales y la Corte Constitucional las resume de la siguiente manera:

La jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que la intervención será compatible con los preceptos que dispongan la del Estado, y que en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que

justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. (Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010)

Para finalizar, es importante observar cómo el Estado sacrifica el erario en búsqueda de impulsar la economía; sin embargo, algunas acciones se ven obstruidas cuando las personas presentan documentos falsos, como se resalta a continuación:

En septiembre de 2013 la prensa nacional dio cuenta del saqueo al erario público por cerca de medio billón de pesos por parte de un cartel que obtuvo devoluciones de IVA por falsas exportaciones. Con documentos falsos pidieron la devolución de los impuestos supuestamente pagados por exportaciones de chatarra y textiles que nunca se realizaron. (Hernández, 2015, p. 330)

3. Sentencia de condena de Andrés Felipe Arias en el caso AIS y creación del tipo penal de fraude a subvenciones

Con relación a los motivos que soportaron la creación de AIS se ratifica:

Con la firma del tratado de libre comercio con los Estados Unidos, el Gobierno impulsó la Ley 1133 de 2007, conocida como Agro Ingreso Seguro (AIS), cuyo objeto era proteger los ingresos de productores agropecuarios que lo requerían y se veían afectados ante las distorsiones de los mercados externos; contribuir en el ordenamiento productivo del territorio y mejorar la competitividad y los niveles de productividad y empresarización de todo el sector agropecuario nacional, preparando su aparato productivo ante los nuevos retos que implica la inserción a los mercados internacionales y disminuyendo los niveles de desigualdad y pobreza en el campo. (Hernández 2015, p. 401)

Sin embargo, los sanos objetivos que se había propuesto el Gobierno nacional fueron obstaculizados por uno de los problemas más graves que afrontan los Estados: la corrupción. Un grupo de acaudaladas familias se apropió de los dineros destinados a aquellas personas que se verían directa o indirectamente perjudicadas por el ingreso de productos extranjeros al mercado nacional. Estas maniobras fraudulentas son explicadas detalladamente en la sentencia de condena del exministro Andrés Felipe Arias (Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP9225-2014).

El ex ministro de Agricultura fue investigado y condenado por los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de las formalidades legales y peculado por apropiación. Igualmente, por su alto cargo, trascendencia profe-

sional y por haber actuado en coparticipación criminal, le fueron aplicadas las circunstancias de mayor punibilidad contenidas en el artículo 58 numerales 9 y 10 del Código Penal.

En el proceso que se adelantó contra Arias se demostró que “personas naturales y jurídicas accedieron dos o más veces a los beneficios del programa de riego, contrariando de manera expresa lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 1152 de 2007” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, SP9225 R37462, 2014). Por otra parte, en la misma ley se reglamentó que dichos subsidios serían entregados por el Incoder para la adecuación de tierras de pequeños productores que presentaran proyectos cuyo objetivo fuera “mejorar las condiciones de riego, drenaje o control de inundaciones, o para ampliar, rehabilitar o transformar obras ya existentes” (Ley 1152, 2007, art. 94).

Adicionalmente, se demostró en juicio que proyectos que habían sido calificados como inviables por incumplir algunas de las condiciones consagradas en el artículo 98 del Estatuto Rural (Ley 1152 2007) lograron la entrega de estos subsidios, como lo registra la sentencia comentada.

Ahora bien, conviene resaltar que, a nuestro juicio, las conductas expuestas con antelación se enmarcan en el tipo penal de fraude a subvenciones, como quiera que dichas personas se beneficiaron de subsidios ofrecidos por el Estado sin ser verdaderos merecedores de los mismos. Otro aspecto que se debe analizar es que algunas de las personas que fueron investigadas y condenadas por los hechos señalados eran particulares y, pese a ello, se les juzgó por el delito de peculado, sin tener en cuenta que este tipo penal tiene un sujeto activo calificado. En otras palabras, requiere que la conducta sea actualizada por un servidor público.

No obstante, conviene aclarar que el motivo por el cual la fiscalía no los investigó por el delito de fraude a subvenciones no obedece al *nomen iuris* de la misma, sino que, en el momento en que sucedieron los hechos, el artículo 403A no existía. Aunque, al observar la lesividad de estas conductas y el alto grado de reproche que tuvieron los acontecimientos, el ente acusador se remitió a la adecuación típica más próxima: peculado por apropiación. Empero, no queda duda de que dicha tipificación no describía plenamente la conducta adelantada por los autores del delito.

El escándalo que provocó lo ocurrido con AIS impulsó al ejecutivo a crear el tipo penal de fraude a subvenciones, con el fin de establecer control y verificación sobre el otorgamiento de subsidios, y de evitar la corrupción que se ve-

nía presentando en el país, tal y como se evidencia en la exposición de motivos del ministro de Interior y Justicia, Germán Vargas Lleras¹.

De esta manera el Congreso promulgó la Ley 1474 el 12 de julio 2011, que en su artículo 26 estipuló:

La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 403A, el cual quedará así:

El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados. (Ley 1474, 2011)

Con lo anterior, se busca sancionar a aquellas personas que a través de maniobras fraudulentas pretendan favorecerse de las ayudas, subsidios o subvenciones que el Estado otorgue a diferentes conjuntos. Es decir, a sectores de la economía en los que tenga un interés especial, o para aquellos que sean perjudicados por alguna catástrofe natural, inclusive, para quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad. Es por ello que lo ocurrido en la catástrofe de Armero, es otro de los ejemplos de fraude a subvenciones, como lo relata el diario El Tiempo:

Resultaron cerca de 65 000 damnificados directos cuando en realidad Armero tendría unos 40 000 habitantes o personas vinculadas estrechamente con la región. Y de esos 40 000, cerca de 22 000 murieron en la tragedia, señaló Alejandro Quimbayo, quien colaboró con la carnetización. Llegaron muchos vivos haciéndose pasar por damnificados y sacaron el carnet que les dio derecho a subsidios, a casa y a reclamar alimentos. (El Tiempo, 1999)

De la misma manera, está ligado a lo sucedido con los procesos de restitución de tierras, expuesto por noticias RCN el 22 de abril de 2015:

El Gobierno denunció cartel de falsas víctimas en la restitución de tierras, pues se estimaba que, de los 72 000 reclamantes, 21 000 eran *avivatos*, que significaba

¹ Para revisar la exposición de motivos del proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, se sugiere revisar la página web http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=142&p_consec=26704

que el 30 % de ellos, eran personas que buscaban beneficiarse con los recursos del Estado sin ser verdaderos merecedores de ellos. (Noticias RCN, 2015)

Conviene resaltar, que estos son solo algunos ejemplos de las muchas acciones de tipo penal de fraude a subvenciones.

4. Clasificación dogmática del delito de fraude a subvenciones

Al realizar la clasificación dogmática de este tipo penal es conveniente establecer que se trata de un delito que tiene un sujeto activo monosubjetivo, o sea, que basta con que una persona actualice el tipo penal. Se trata, además, de un caso en el que el sujeto activo se considera indeterminado, debido a que no se requiere una calidad especial y, en consecuencia, lo puede realizar cualquier persona. Por su parte, el sujeto pasivo puede identificarse con el Estado. Este es el primer afectado en su condición de director y guardián de la economía y de los recursos fiscales que se ven disminuidos por la comisión del delito.

Ahora bien, frente al objeto jurídico conviene anotar que, si bien el Código Penal establece que el bien jurídico protegido es la Administración pública, este delito —como ocurre con los de exportación e importación ficticia y la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado— afecta directamente el orden económico social, pues desequilibra y pone en grave riesgo la economía nacional.

Por su parte, el objeto material será, como lo explica Hernández (2015), la subvención, ayuda o subsidio que provenga de recursos públicos y que se obtiene indebidamente o se utiliza con fines diferentes para los que fueron concedidos.

A su vez, la conducta será obtener subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño o callando, total o parcialmente, la verdad. También, en atención al segundo inciso del articulado, que responderá a no invertir los recursos entregados por el Estado, a través de sus entidades públicas con la finalidad para la que estaba establecida.

Por esta razón, el verbo rector frente al primer inciso del articulado es *obtener*, que, según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), consiste en “conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende”. Por consiguiente, se castiga a aquellos que, sin ser beneficiarios, han accedido a las ayudas, subsidios o subvenciones. De esta forma, se puede afirmar que aquellos que mienten sobre las condiciones para acceder a los créditos Ictex o para aspirar a una vivienda de interés social incurren en acciones delictuosas.

El verbo rector correspondiente al segundo inciso es *destinar*. El DRAE lo define como “ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto”. De esta manera, se puede afirmar que, aquellas personas que serán beneficiarias de alguna ayuda proveniente de la situación de posconflicto están obligadas a invertir los recursos que les fueron otorgados en los proyectos propuestos por el Gobierno nacional, so pena de verse inmersos en este delito.

Ingrediente normativo: subvención, ayuda, subsidio, recursos públicos y entidad pública.

Para identificar el ingrediente jurídico y extrajurídico debemos acudir a la ley, a la doctrina y al DRAE. Es por ello que:

Subvención:

En la legislación colombiana no se encuentra una definición de lo que ha de entenderse por subvención para efectos penales, como sí aparece de manera clara en el Estatuto Penal de Alemania, donde se concreta en el §264 que es una prestación de medios públicos, según el derecho federal o de los Estados, o el derecho de las comunidades europeas, a empresas o industrias que por lo menos parcialmente: 1. se le otorgue sin contraprestación comercial, y 2. deba servir para el fomento de la economía. (Hernández, 2013, p. 408)

Ayuda:

Son aquellos recursos destinados a auxiliar a los individuos necesitados de apoyo, tales como los empleados, los ahorradores víctimas de defraudaciones o los damnificados del invierno. Estas ayudas constituyen una ventaja económica para el beneficiario, quien no está obligado a pagarlas en el futuro. (Hernández, 2015, p. 410)

Subsidio: según el DRAE consiste en una “prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada”.

Recursos públicos: “Todo apoyo en dinero o en especie que provenga del Gobierno Central (ministerios, instituciones descentralizados, fondos, etc.), así como de administraciones departamentales, municipales o distritos especiales”. (Hernández, 2015, p. 411)

Entidad pública: según Libardo Rodríguez (como se citó en Hernández, 2015):

Con fundamento en varios textos legales, como los decretos leyes 1222 de 1986, 1333 de 1986 y las leyes 128, 136 de 1994 y 489 de 1998, así como de la Constitución política de 1991, son organismos de origen estatal, —cuyo capital o patri-

monio también es estatal o público—, a los cuales el ordenamiento jurídico les ha reconocido el carácter de personas jurídicas. (p. 411)

Ingrediente subjetivo: cabe advertir que este tipo penal —tal y como fue instituido por el legislador— no posee ninguna expresión de la que se pueda extraer un propósito específico, que deba cumplir quien actualice la conducta aquí descrita; lo único que se halla en él son situaciones modales. Por esta razón, podemos afirmar que el delito de fraude a subvenciones no tiene un elemento subjetivo.

Luego, de acuerdo con su estructura, corresponde a un tipo penal básico, puesto que describe de manera independiente las conductas que sanciona. De la misma forma, es compuesto, debido a que especifica conductas: la primera, obtener la subvención, ayuda o subsidio mediante engaño y faltando a la verdad, total o parcialmente, y, la segunda, aquella que se encuentra descrita en el segundo inciso y que corresponde a no invertir los recursos con la finalidad que el Estado deseaba. A su vez, es completo, pues describe totalmente la conducta y señala la sanción, y en blanco, ya que debemos acudir a otras normas y definiciones extrajurídicas para entender cuando se trata de una subvención, ayuda o subsidio. Igualmente, para saber cuándo estamos frente a recursos públicos y cuáles son las entidades de ese mismo carácter.

De otro lado, conviene decir que es un tipo penal simple, ya que se limita a proteger un solo bien jurídico, que, según nuestro Código Penal actual, corresponde a la Administración pública. Adicional a ello, es de resultado, porque del verbo rector extraemos la necesidad de que se obtenga la subvención, ayuda o subsidio y, en atención al segundo inciso, es necesario que no se invierta en la actividad para la cual fue destinada. Por tal razón, podemos afirmar que este delito sí admite el grado de tentativa.

Según su contenido, obedece a un tipo de resultado porque se requiere la obtención de la subvención, ayuda, o subsidio. Sin embargo, frente al primer inciso estamos ante un delito de conducta instantánea, ya que basta con obtener la subvención, ayuda o subsidio, pero al analizar el segundo inciso tendremos que decir que se trata de un delito de conducta permanente, puesto que, es necesario que después de haber obtenido la subvención, ayuda o subsidio, no se invierta en la finalidad propuesta. Es un delito de acción, así el comportamiento del sujeto activo es perceptible por los sentidos y cerrado, pues este tipo penal contiene circunstancias modales como engañar sobre las condiciones requeridas para la concesión de subvención, ayuda o subsidio y callar total o parcialmente a la verdad.

5. Algunas consideraciones sobre la propuesta de unificación de los delitos de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado

Es conveniente recordar que la misión de este artículo consiste en sugerir una reforma a los delitos actuales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. Al analizar los tipos penales, encontramos que existe una identidad en la conducta que actualmente es sancionada por los tres, pues se castiga el hecho de resultar beneficiario de ayudas, subsidios o subvenciones y de exoneración de impuestos y de tasas de crédito especiales —a los cuales no se tenía derecho— o, al menos, no en la proporción que le fue entregada. Y, en consecuencia, haber evitado que quien sí tenía derecho accediera a esos beneficios estatales, con lo cual se obstaculiza el crecimiento económico de la nación.

Al estudiar la sentencia del alto tribunal constitucional, encontramos que la Corte entiende como formas de subsidio indirecto “**La eliminación de impuestos, la otorgación de créditos en condiciones preferenciales, o venta de insumos a valor menor que el del mercado**” (Corte Constitucional, Sentencia C-324 de 2009) (negrilla fuera del texto). Ello, conlleva necesariamente a concluir que la eliminación de impuestos es un tipo de subsidio, que se evidencia en las exportaciones e importaciones, cuando el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expide el CERT que, como lo advierten Garay et al. (1998), “consiste en la devolución total o parcial de los impuestos indirectos, tasas y contribuciones pagados por el exportador o importador” (p. 367). Entonces podemos afirmar que esta conducta podría ser castigada a través de la figura de fraude a subvenciones, como quiera que se trata de subsidio estatal.

Ahora, como se ha observado en los últimos años, una tendencia del legislador colombiano es crear delitos cada vez más específicos, con lo cual omite una de las características de la ley que consiste en que debe ser general y, en consecuencia, se obliga a describir de manera abstracta la conducta humana, sin hacer referencia específica a individuos en particular, como ocurre frente a los exportadores e importadores (Gómez, et al. 2015).

Si otorgar créditos en condiciones preferenciales constituye otro tipo de subsidio, se puede hacer el mismo examen lógico que efectuamos anteriormente, para concluir que esta conducta también podría ser castigada a través del delito actual de fraude a subvenciones, ya que dentro del mismo enunciado penal se encuentran los subsidios estatales.

Sin embargo, no podemos desconocer que cuando se realiza la clasificación dogmática de los tres tipos penales, encontramos que entre ellos existen algunas diferencias que deben ser tenidas en consideración si se quiere lograr su unificación: la más importante es que no amparan el mismo bien jurídico, debido a que el delito actual de fraude a subvenciones protege la Administración pública y los delitos de exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado amparan el orden económico social.

Esta clasificación, a nuestra manera de pensar, no responde exitosamente —nos referimos al delito de fraude a subvenciones— pues estos delitos atentan contra la intervención del Estado en la economía, la cual tiene como objeto fomentar las actividades económicas de la nación y garantizar los derechos que la Carta Política nos ha otorgado a todos los colombianos en materia económica. Por tanto, consideramos que la aparente deficiencia serviría para corregir la ubicación de este delito en el Código Penal.

Otra de las dificultades que tendremos que analizar consiste en que el sujeto activo del delito de aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado tiene una calidad específica, pues según Hernández (2015):

Como quiera que el tipo penal se refiere a “el que con destino a actividades fomentadas por el Estado” sin exigirle una calidad especial, conllevaría a pensar que en principio la conducta no requiere de un sujeto activo calificado. Pero, es conocido que para tener derecho a determinados créditos otorgados para actividades que el Estado está interesado en apoyar o impulsar, se debe reunir algunas condiciones específicas como por ejemplo ser pequeño o gran productor para el crédito de Finagro (p. 380).

Y de otro lado, los delitos de exportación e importación ficticia y fraude a subvenciones tienen un sujeto activo indeterminado, por ello, para poder realizar la unificación habría que tratar de resolver esta distinción dogmática. Así, una de las maneras sería considerar que, si se analiza la conducta de modo general, estamos hablando de un subsidio, y si bien solo ciertas personas pueden acceder a los mismos, dicha limitación no obedece a la calidad de las personas, sino a la necesidad de su obtención y la del Estado por favorecer la economía.

Y, finalmente, que al examinar la conducta de los tres tipos penales que están siendo objeto de estudio, encontramos que el de exportación e importación ficticia es un delito de mera conducta, pues según Hernández (2015):

Algunos doctrinantes han sostenido que estamos frente a un tipo penal de resultado, esto es, que se requiere para que el hecho pueda sancionarse y que evidente-

mente, se obtenga el resultado querido. (...). Nosotros no compartimos el criterio comentado, pues consideramos que en exportación e importación ficticia estamos frente a un tipo penal de mera conducta, en el cual, el legislador no espera a que el daño o menos cabo del bien jurídico tutelado se produzca, sino que describe conductas que sancionan el simple comportamiento del sujeto agente, independiente de sus consecuencias (p. 341).

La anterior es una posición que encontramos sustentada al analizar que el verbo rector de este delito corresponde a *simular* y, de esa forma, con la sola presentación de los documentos falsos que soporten las exportaciones o importaciones aparentemente realizadas, ya se estaría incurriendo en el tipo penal, aun sin que se hubieran expedido los CERT respectivos; la problemática surge cuando se advierte que la aplicación fraudulenta de créditos oficialmente regulados y el delito de fraude a subvenciones son tipos penales de resultado.

Consideramos que esta diferencia no puede ser solucionada si no se cambia la redacción que tuvo el delito de exportación e importación ficticia, pues de la forma como está actualmente establecido no hay manera de que pueda interpretarse como un delito de resultado. Sin embargo, esta diferencia dogmática no debe ser suficiente para obstruir nuestra propuesta de unificación de los tres tipos penales, ya que no existe razón para que en unos tipos de subsidios se considere que su defraudación es tan grave como para considerarse de mera conducta y, para otros, como ocurre con la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado y con el mismo delito de fraude a subvenciones, se consideren delitos de resultado.

De esta manera, esperamos entonces que el legislador al reformar el Código Penal o al aprobar un nuevo estatuto, atienda nuestra propuesta de fusionar los delitos exportación e importación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado y fraude a subvenciones, en uno solo, que consideramos debe llamarse como en otras legislaciones *fraude a subvenciones* y ubicarlo como un punible contra el orden económico social.

Referencias

Código Penal [Código] (2016). 1ra ed. Legis

Congreso de Colombia (18 de enero de 1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. [Ley 256 de 1996] DO: [No. 42.692]

- Congreso de Colombia (25 de julio de 2007). Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones. Artículos 92, 94 y 98. [Ley 1152 de 2007] DO: [No.46.700]
- Congreso de Colombia (12 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Artículo 26. [Ley 1474 de 2011] DO: [No.48.128]
- Diccionario de la Real Academia Española DRAE. (2014). (23a ed.). Consultado en <http://dle.rae.es/?id=QpzpmTs>, <http://dle.rae.es/?id=DTZRYFC|DU4GpqO>, <http://dle.rae.es/?id=yze7hh6>
- El Tiempo. (1999, 10 de febrero). *Que no pase lo de Armero*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-872680>
- Garay, L. J., Quintero, L. F., Villamil, J. A., Fatat, J., Gómez, S., Restrepo, E. & Yeima, B. (1998). *Certificado de reembolso tributario – CERT*. Colombia: Estructura industrial e internalización 1967-1996.
- Gómez, G. E., Hernández. H. A., (Ed.). Gómez, G. E., Solano de Ojeda, M. C. & Troncoso, O. L. (2015). *Lecciones de Introducción al Derecho*. Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.
- Hernández, H. A. (2013). El nuevo delito de fraude a subvenciones. *Revista Derecho penal y criminología*, Volumen xxxiv No. 96.
- Hernández, H. A. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. 7a ed. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Melo, J. O. (1991). Las reformas liberales de 1936 y 1968. Progreso social y reorganización del Estado. En *Revista Credencial Historia*, No. 13, 1.
- Noticias RCN. (2015, 22 de abril). *Cartel de falsos reclamantes de tierras puso en alerta al gobierno, ya que tres de cada diez solicitudes de restitución de tierras han sido presentadas por 'avivatos'*. [Archivo video]. Recuperado de <http://www.noticiasrcn.com/nacional-pais/gobierno-denuncio-cartel-falsas-victimas-restitucion-tierra>
- Ocampo, J. A., Bernal, J., Avella, M. & Errázuriz, M. (1987). Capítulo 7: *La consolidación del capitalismo moderno*. En historia económica de Colombia. Ocampo, J. A. (Comp.). (1987). Bogotá, Colombia: Siglo veintiuno editores.
- Portafolio. (2016). *Incentivos para créditos del plan Colombia Siembra*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/gobierno/incentivos-creditos-plan-colombia-siembra-494095>
- Sentencia C-324 (2009). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-228 (2010). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia (2014). Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente: María del Rosario González Muñoz.

Urna de Cristal. (2015, 25 de junio). *¿Tienes una idea de negocio? El gobierno nacional te ayuda a volverla realidad*. Recuperado de <http://www.urnadecristal.gov.co/gestion-gobierno/tienes-una-idea-de-negocio-gobierno-nacional-te-ayuda-a-volverla-realidad>

Vargas, G. (s.f.). Proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Congreso de Colombia. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=142&p_consec=26704

La responsabilidad disciplinaria de las personas jurídicas

Juan José Peláez Sánchez*

Resumen. Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se incluyó dentro del ordenamiento normativo patrio una novedosa disposición, según la cual:

Podrá otorgarse poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. En este evento podrá actuar en el proceso cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica pueda otorgar o sustituir el poder a otros abogados ajenos a la firma. (Código General del Proceso, artículo 75 inciso 2, 2012)

Como puede leerse, la facultad prevista por la norma en cita permite que las personas jurídicas de esta naturaleza ejerzan su objeto social a través de sus distintos colaboradores o miembros, con el propósito de gestionar los encargos de sus clientes. Lo anterior, sin duda, apareja la posibilidad de que, en casos muy precisos, la vulneración perpetrada por los prenombrados sujetos sobre los deberes que impone el ejercicio de la abogacía, permanezca impune con relación a la persona jurídica misma. Si bien es cierto que cada uno de los litigantes infractores está llamado a responder a título personal por sus conductas dolosas o culposas, también lo es que el ente moral, como gestor del poder primigenio, tiene el deber legal y social de vigilar la labor desempeñada por sus voceros y, en caso contrario, la propuesta que se plantea es que aquella debe responder en el mismo plano de igualdad por las faltas cometidas por los abogados adscritos o vinculados, bien sean internos o externos.

* Abogado egresado de la Universidad de Ibagué y especialista en Derecho Civil de la misma universidad. Empleado de la Rama Judicial en el cargo de abogado asesor de magistrado de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Ibagué. Correo electrónico: juanjoselaezs@hotmail.es. Celular: 311 208 8272.

Palabras claves: Responsabilidad disciplinaria, persona jurídica, función social del ejercicio de la abogacía, potestad disciplinaria, libertad de configuración normativa.

Introducción

En el presente trabajo se abordará, como primera medida, la facultad introducida por el artículo 75 del Código General del Proceso, amén de la cual es posible conferir poder a las personas jurídicas, cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. Seguidamente, se estudiará, desde un punto de vista general, el concepto de persona jurídica, la potestad disciplinaria en cabeza del Estado, los diferentes escenarios en los cuales se ha debatido sobre la responsabilidad de los entes de esta naturaleza, y la libertad de configuración normativa a cargo del Congreso de la República. Lo anterior permitirá concluir que, en materia disciplinaria, se hace necesario regular la responsabilidad de los entes morales. Admitir lo contrario, implicaría poner en riesgo la recta administración de justicia y los derechos procedimentales y legales de los usuarios poderdantes del sistema judicial, o de cualquier otro escenario que requiera el ejercicio profesional del abogado.

1. Objeto

La responsabilidad disciplinaria de las personas jurídicas cuyo objeto social principal es la prestación de servicios jurídicos, se entiende como la responsabilidad que deben asumir dichos entes, que —a pesar de ser meras ficciones legales— pueden, a través de sus voceros, operadores o colaboradores, infringir reiteradamente la ley disciplinaria; en este sentido, desatienden la función eminentemente social que constituye el ejercicio de la abogacía, sin sanción alguna que pueda atribuírsele como consecuencia legítima de esa conducta.

2. Problema

En Colombia, la ausencia de regulación normativa respecto de la responsabilidad disciplinaria de las personas jurídicas, cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos, engendra la posibilidad de que tales organismos continúen ejerciendo su actividad de manera indefinida, pese a que sus voceros u operadores hubieren incurrido en faltas disciplinarias de cualquier naturaleza. Esto hace estrictamente necesario determinar qué alternativas resultan viables a efectos de abordar esta situación.

3. Hipótesis

La problemática planteada en el numeral precedente impone la necesidad de que exista un compendio normativo, que defina los supuestos de hecho a partir de los cuales se pueda predicar la responsabilidad disciplinaria de las personas jurídicas, dedicadas a la prestación de servicios jurídicos. De la misma manera, es preciso establecer las consecuencias derivadas de las faltas reiteradas de sus miembros a los deberes que impone el ejercicio de la abogacía. En su defecto, se considera necesario que exista una aplicación analógica de la reglamentación legal que rige para las personas naturales cuando resulte pertinente.

4. Al seguir los derroteros trazados renglones atrás, se tiene entonces que el Código General del Proceso, que entró a regir a plenitud a partir del primero de enero del año 2016, introdujo serios cambios en el procedimiento civil colombiano. Y, como era de esperarse, la tendencia hacia la evolución constante del Derecho y la insaciable búsqueda de la practicidad y el mejoramiento de la justicia, anhelada por el moderno estatuto procesal, además de muchas otras variaciones, no podía dejar exento de modificaciones uno de los negocios jurídicos más elementales en los que se basa el sistema de administración de justicia nacional; el otorgamiento de poder judicial.

A diferencia de lo previsto por el Código de Procedimiento Civil, el artículo 75 del Código General del Proceso establece que “podrá otorgarse poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos” (Código General del Proceso, artículo 75, 2012). Y en esos eventos, dice la norma en cita, “podrá actuar en el proceso cualquier profesional del Derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica pueda otorgar o sustituir el poder a otros abogados ajenos a la firma” (2012).

La novedosa redacción de la norma —que conforme con el artículo 625 de la misma compilación, en concordancia con lo dispuesto por el Acuerdo No. PSA15-10392 del 1 de octubre de 2015 expedido por la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, entró a regir a partir del primero de enero de 2016— comporta para las referidas personas jurídicas, una facultad de ejercer su objeto social dentro de un amplio espectro de posibilidades, pues además de los profesionales en Derecho que se encuentren inscritos en Cámara de Comercio como miembros, estas pueden valerse también de cualquier otra persona que ostente la calidad de abogado, a través de la figura de la sustitución de poder. En últimas, esta situación se traduce en una posibilidad irrestricta

que en principio carece de regulación legal, y que como se verá más adelante, puede generar complicaciones al momento de tomar medidas preventivas o correctivas. Ello, cuando en el ejercicio de la mentada facultad, se desborden los límites de la permisibilidad legal y se contravengan los principios rectores del ejercicio de la abogacía.

De conformidad con lo establecido por el artículo 633 del Código Civil Colombiano, “Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. A raíz de esta definición, emerge la preocupación innegable de qué puede llegar a acontecer si durante el ejercicio cotidiano de la gestión profesional, uno o varios de los colaboradores, voceros o ejecutores de la persona ficticia, infringen de manera reiterada el régimen disciplinario de los abogados. A pesar de que ellos deban responder a título personal por las consecuencias de sus actos, no existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano un compendio normativo que regule la forma en la que deben responder disciplinariamente las personas jurídicas por las conductas irregulares realizadas por sus agentes. Lo anterior es, sin duda, una situación de eminente relevancia jurídica, que requiere de un tratamiento especial, dada la importancia que reviste en materia procesal y sustancial.

5. Tal entendimiento de las cosas permite pensar en una amalgama muy diversa de situaciones que pudieran llegar a presentarse en el desenvolvimiento cotidiano de la mencionada facultad. Casos hay en que el usuario o poderdante desconoce por completo la autoridad que la misma ley le atribuye, para revocar en cualquier momento y sin ninguna consideración, el poder otorgado a su apoderado. Sin embargo, cuando se le concede poder a una persona jurídica y ella a su vez sustituye el poder en un tercero, la sanción disciplinaria que se le pudiera imponer al último, indistintamente a su naturaleza, su magnitud o sus consecuencias, dejaría completamente viva la relación sustancial primigenia. Eso habilitaría al ente moral para que simple y llanamente le sustituya poder a otro abogado —tercero—, sin que el usuario pueda, siquiera, indagar por las cualidades o calidades del último.

Quien contrata un abogado, lo hace a partir de factores externos como la prestancia, el buen nombre, la reputación y la trayectoria dentro del ramo del Derecho en el que se pretenda litigar. No obstante, al otorgársele poder a una persona jurídica, si se parte de la base de que ella actúa a través de sus propios abogados o sustituye en terceros sin comprometer su responsa-

bilidad de ninguna manera; el acto de empoderamiento caería en el vacío, pues indistintamente las resultas del proceso, las aptitudes del abogado, sus conocimientos o su desempeño deficiente durante la gestión de los negocios de sus clientes, es finalmente el ente moral quien está en la capacidad de determinar todos esos factores. Entonces, esa mala praxis en la gestión de tales negocios, al margen del mal desempeño de sus ejecutores, la mantendrían a salvo de cualquier sanción.

6. Al respecto, la Corte señala:

El poder disciplinario constituye una de las más importantes expresiones de la función de control y vigilancia y su regulación por parte del legislador debe estar orientada al logro de los fines de la profesión, en procura de que su ejercicio sea compatible con el interés general, entendido a la luz de los valores y principios constitucionales, y en la medida en que el ejercicio de la profesión de abogado se orienta a concretar importantes fines constitucionales. El incumplimiento de los principios éticos que informan la profesión de abogado, implica también riesgos sociales que ameritan el control y la regulación legislativa, tanto más en cuanto tal intervención se encuentra explícitamente autorizada por la propia Carta Política. El ejercicio inadecuado o irresponsable de la profesión de abogado, pone en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales, como la honra, la intimidad, el buen nombre, el derecho de petición, el derecho a la defensa y, especialmente, el acceso a la administración de justicia, así como la vigencia de principios constitucionales que deben guiar la función jurisdiccional, como son la eficacia, la celeridad y la buena fe. (Corte Constitucional, Sentencia C-884 de 2007)

7. Son diversos los escenarios donde se ha debatido sobre la responsabilidad a la que se encuentran sometidas las personas jurídicas, no obstante, pese a la disparidad de criterios al respecto, se ha concluido que, aunque son meros entes ficticios, se encuentran llamados a responder por las conductas lesivas realizadas por sus agentes.

En materia civil, por ejemplo, desde un principio se sostuvo que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por los delitos y las culpas de sus agentes, debía jurídicamente estructurarse a partir de lo dispuesto por los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. En ese sentido fue como nació la doctrina jurisprudencial que durante muchos años afirmó que, en esos eventos, no era la propia persona jurídica quien actuaba, sino quienes la integraban. Por lo tanto, la responsabilidad solo podría atribuírsele de manera indirecta, por la violación al deber de su cuidado y vigilancia, basados en los conceptos de la

culpa por vigilancia o por elección. Así, el ente moral podía eximirse de culpa si demostraba que el agente no se encontraba bajo su cuidado en el momento de perpetrar el daño.

Con el pasar de los años dicha tesis fue reformulada, razón por la cual la mayoría de los integrantes del Tribunal de Cierre de la Justicia Ordinaria, empezaron a sostener que, si las personas jurídicas ejercían su objeto social a través de sus colaboradores o ejecutores, los actos dolosos o culposos desempeñados por estos la obligaban de manera directa. De este modo se acuñó la teoría de la responsabilidad civil extracontractual directa de los entes morales, y se ubicó dentro de las hipótesis reguladas por el artículo 2341 del Código Civil, lo cual dejó de un lado la primigenia forma de responsabilidad por el hecho ajeno, para abrirle paso a responsabilidad por el hecho propio.

Así lo explica la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

Por tratarse de una ficción legal, los actos del vocero se entienden realizados por aquella, comprometiéndola, pero sin que este pierda individualidad, ya que debe responder por su gestión e incluso asumir las consecuencias de un proceder alejado de los lineamientos estatutarios. Lo propio acontece con los demás operadores y colaboradores, puesto que, al carecer la persona jurídica de voz y autonomía, lo que hagan en su nombre y dentro de las atribuciones asignadas se convierte en una manifestación de voluntad que la compromete, eso sí con la carga de rendir cuentas del desempeño al encargado de administrarla. Quiere decir que en el desarrollo del objeto para el cual fue constituida se presenta una confluencia de vínculos y multiplicidad de aspectos de los cuales se derivan disímiles consecuencias, de acuerdo con las particularidades que los determinan. En materia de la responsabilidad común por los delitos y las culpas de que trata el Título xxxiv del Código Civil se ha discutido la forma en que la asumen los entes jurídicos. En un comienzo, se estimó que derivaba de un hecho ajeno bajo los patrones de los artículos 2347 y 2349 de esa compilación, pero con el tiempo se pasó a la *tesis organicista*, según la cual era directa por actuaciones de los directivos, al amparo del artículo 2341 *ibidem*, e indirecta si provenía de sus subordinados. Sin embargo, en la actualidad es criterio de la Corte que, independientemente de la clase de vinculación de quien ocasiona el hecho lesivo, la responsabilidad es directa, porque no existen razones de peso para diferenciarlas. (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, Sentencia Radicado N°. 2010-00703-01 de 2016)

Lo anterior permite concluir que, la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos ejecutados por sus miembros, cuando de derecho civil se trata, se encuentra completamente avalada por la jurisprudencia nacional.

Desde esa perspectiva puede afirmarse que en el desarrollo de su objeto social, dichos entes sí encuentran llamados a responder, luego para ese propósito no es necesario distinguir entre la persona ficticia y sus operadores, pues aquello que realmente se destaca, en palabras de la Corte, es “el principio cardinal de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por esta, así como en la concepción según la cual quien ha padecido un daño está en el derecho a ser indemnizado” (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, Sentencia Radicado N°. 2009-00042-01 de 2015).

8. En materia penal, la necesidad de regular la responsabilidad de las personas jurídicas, cuya realización de su objeto genere un verdadero impacto para la sociedad, ha impulsado a la creación de nuevos tipos penales que permitan sancionar las acciones u omisiones que atenten contra los derechos del conglomerado social.

Un ejemplo claro de ello lo constituye la recién expedida Ley 1573 de 2016, por medio de la cual se aprobó la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, en la que se exige a los países miembros adoptar las medidas que consideren necesarias para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.

Al realizar el examen de constitucionalidad de la referida norma, la Corte Constitucional puntualizó:

3.7.2.2. En la actualidad la ley penal colombiana no consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico existen normas que permiten imponerles sanciones no penales a las personas morales que hayan sido utilizadas o se hayan beneficiado de conductas delictivas, cuyo principal antecedente fue el Proyecto de Código Penal de 1978, el cual contemplaba consecuencias administrativas, civiles, comerciales o laborales del delito, respecto de personas jurídicas en estos eventos.

3.7.2.3. En este sentido, en la actualidad el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 establece una consecuencia accesoria para las personas jurídicas que no constituye una pena; pero sí se puede aplicar cuando una persona moral se ha dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas:

Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público,

de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron. (Corte Constitucional, Sentencia C-944 de 2012)

Asimismo, ese alto tribunal al realizar el estudio de constitucionalidad de las objeciones presidenciales por razones de inconstitucionalidad, respecto del proyecto de Ley 235/96, adujo:

Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre transitorio o decisivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. (Corte Constitucional, Sentencia C-320 de 1998)

Y, a renglón seguido, señaló:

El daño al ecosistema, así ello se haga en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica. No puede entenderse que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado signifique para su titular el otorgamiento de una franquicia para causar impunemente daños al ambiente. De otro lado, la Carta ordena al Estado en punto al ambiente y al aprovechamiento y explotación de recursos naturales, no solamente sancionar los comportamientos que infrinjan las normas legales vigentes, sino también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y exigir la reparación de los daños causados. Se desprende de lo anterior que la aminoración de la antijuridicidad que la norma objetada comporta, viola la Constitución Política que exige al legislador asegurar la efectiva protección del ambiente, tanto mediante la prevención del daño ambiental —prohibición de la exploración o explotación ilícita— como también sancionando las conductas que generen daño ecológico. (Corte Constitucional, Sentencia C-320 de 1998)

Es posible colegir, a partir de las posturas jurisprudenciales expuestas en precedencia, que, en las personas jurídicas, si bien no responden desde una perspectiva penal propiamente dicha, la causación de daños y la transgresión ocasional o repetida de los intereses jurídicamente tutelados por el ordenamiento patrio, las hace destinatarias de verdaderas sanciones.

9. Tales circunstancias, aterrizadas en el caso concreto, imponen reflexionar sobre las posibles hipótesis que se pueden presentar al momento de otorgar un poder judicial a favor de una persona jurídica, ya que en realidad en el ordenamiento normativo colombiano no existe una norma que resulte aplicable al instante de sancionar la deficiente gestión realizada por el ente moral a través de sus agentes, indistintamente sea su naturaleza, su magnitud y sus consecuencias.

La Ley 1123 de 2007, por medio de la cual se expidió el Código Disciplinario del Abogado, por tratarse de una norma expedida con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 75 del Código General del Proceso, nada dice acerca de la responsabilidad que un determinado caso puede resultar atribuible a las personas jurídicas, cuyo objeto social sea la prestación de servicios jurídicos por la indebida gestión de los negocios de sus clientes. Por el contrario, se advierte en este punto que la redacción de dicha norma en su artículo 19 es completamente limitada, pues de su mera lectura se colige que los destinatarios del régimen disciplinario que en ella se contiene no son otros distintos de quienes se relacionan a continuación:

Los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas así se encuentren excluidos o suspendidos del ejercicio de la profesión y quienes actúen con licencia provisional. (Ley 1123 de 2007, artículo 19)

Mas, nada se dice acerca de las personas jurídicas que propicien o por lo menos consientan en la proliferación de conductas completamente reprochables, como las anunciadas en numerales precedentes.

Al respecto, cabe preguntarse si a pesar de que los entes morales actúan a través de sus agentes, ante la existencia de una vulneración reiterada de los derechos procesales y sustanciales de sus clientes, se hace necesario o no entrar a regular las posibles sanciones que se les pudiera llegar a aplicar, con

el propósito de evitar que tales situaciones permanezcan impunes de manera indefinida.

Puede pensarse, por ejemplo, en un caso en el que un cliente confiere poder a la persona jurídica, empero, los abogados adscritos a ella, faltando flagrantemente a los deberes que el ejercicio de la abogacía les impone, defraudan de forma repetitiva los intereses procesales y sustanciales de aquel. Tal y como se encuentran concebidas las cosas hoy en día, el problema se solucionaría, desde el punto de vista legal, simplemente con la sanción y remoción por la vía disciplinaria de los abogados infractores. Sin embargo, el ente moral, selector, vigilante y responsable, también por la conducta de sus ejecutores, permanecería completamente ileso aun cuando existen razones de peso suficientes para afirmar que merece ser escarmentado.

Así las cosas, se deduce que la garantía de principios como el libre acceso a la administración de justicia, la recta administración de justicia, la función eminentemente social que cumple el ejercicio de la abogacía y todos aquellos principios de derecho referidos renglones atrás, tornan en realidad necesario que se regule de manera pronta y oportuna lo concerniente a la responsabilidad de las personas jurídicas dedicadas a la prestación de servicios jurídicos.

Dos pueden ser las alternativas posibles al momento de cumplir con ese cometido; la primera de ellas, sería la aplicación extensiva y analógica de las sanciones contempladas en la prenotada Ley 1123 del 2007; la segunda, y quizás la más viable para afrontar este fenómeno, sería recurrir a la libertad de configuración normativa, que le ha sido atribuida en virtud del principio democrático consagrado en el preámbulo de la Constitución Política de Colombia al Congreso de la República, para que de manera más precisa se puedan definir las conductas y las sanciones aplicables a las personas jurídicas de este linaje, teniendo en cuenta que por tratarse de personas ficticias, su régimen sancionatorio debe ser claramente distinto al de los particulares.

En este aspecto retoma vital relevancia lo dicho por la jurisprudencia nacional, que al decidir situaciones similares ha señalado:

El establecimiento de un régimen disciplinario constituye un espacio de libre configuración legislativa, pues es en el campo de la deliberación política, en donde se puede establecer, con mayor precisión, el tipo de conductas que resultan ajenas a la consecución de los fines del Estado y a la construcción de un ejercicio profesional ético, así como la gravedad social de estas conductas y la consecuente intensidad de las sanciones aplicables. (Corte Constitucional, Sentencia C-884 de 2007)

A manera de colofón puede citarse también:

Por regla general, los regímenes sancionatorios en Colombia se rigen por el principio de oficiosidad, en virtud del cual las autoridades a quienes se ha confiado la administración del poder sancionatorio, deben impulsar la actuación sin contar necesariamente con el concurso de los afectados por la conducta investigada. (Corte Constitucional, Sentencia C-884 de 2007)

Para concluir, en las manos del Congreso está velar por el bienestar de los particulares. Sin embargo, se espera que, en virtud del principio de la buena fe, las personas naturales vinculadas a las personas jurídicas dedicadas a la prestación de servicios jurídicos, actúen según su ética profesional, la moral y las buenas costumbres. En este sentido, no debe descuidarse la postura humilde que se expuso por medio del presente artículo.

Referencias

- Sentencia (2015, octubre 7). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicado N°. 2009-00042-01. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez.
- Sentencia (2016, diciembre 19). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicado N°. 2010-00703-01. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez.
- Sentencia C-320 (1998). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-884 (2007). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C-944 (2012). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Acciones para la construcción de paz: aportes del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario

Daniel Guillermo Deaza Acosta*

Juliana Oliveros Suárez**

Gabriela Luna Ramírez***

Stephanny Vera Rivera****

Resumen. El papel de las clínicas jurídicas en la construcción de paz es fundamental, especialmente en el momento histórico en el que se encuentra Colombia. Por esto, la academia debe formar —desde ellas— profesionales con un alto sentido de responsabilidad con la sociedad, de tal manera que cumplan el eje pedagógico y social de la educación legal clínica. Al respecto, el Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario presenta algunas propuestas específicas encaminadas a la protección del medio ambiente y a la concientización y empoderamiento de las comunidades.

Palabras claves: Litigio estratégico, educación legal clínica, medio ambiente, comunidades vulnerables, empoderamiento.

Metodología

La ponencia se encuentra estructurada, en primer lugar, en el desarrollo de conceptos como la Educación Legal Clínica y la Clínica Jurídica, y en los objeti-

* Estudiante de Jurisprudencia e Historia de la Universidad del Rosario. Miembro activo del Grupo de Acciones Públicas (GAP). Correo electrónico: daniel.deaza@urosario.edu.co

** Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro activo del Grupo de Acciones Públicas (GAP). Correo electrónico: juliana.oliveros@urosario.edu.co

*** Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro activo del Grupo de Acciones Públicas (GAP). Correo electrónico: gabriela.luna@urosario.edu.co

**** Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro activo del Grupo de Acciones Públicas (GAP). Correo electrónico: stephanny.vera@urosario.edu.co

vos misionales de las mismas. Adicionalmente, se establece la participación de estas dos figuras dentro de la realidad social, a partir de la evolución especial que han tenido las clínicas jurídicas en Latinoamérica.

En segundo lugar, se expone qué es el GAP, el enfoque que tiene como clínica jurídica, su experiencia en la Universidad del Rosario y sus características principales. Con ello, se establece la manera en que puede desarrollar actuaciones, asumiendo un rol de gran importancia durante la etapa del posconflicto.

Introducción

Con la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el país desembocó en aquello que se ha considerado como la culminación de una búsqueda constante del final de la guerra interna; y a su vez, lograr alcanzar la paz ofreciendo un panorama distinto al conflicto armado en Colombia. Sin embargo, la transformación de dicho escenario ha generado gran inquietud respecto al papel y a la responsabilidad de las clínicas jurídicas para aportar a la construcción de la paz durante la etapa del posconflicto.

Por ello, desde el Grupo de Acciones Públicas nos cuestionamos sobre el papel que podemos desarrollar como clínica jurídica, desde nuestra experiencia y los ejes de acción que atraviesan nuestra estructura como lo son la pedagogía, la investigación y el trabajo con medios, para que desde estos puntos pudiéramos generar propuestas para aportar a la construcción de paz en el nuevo escenario del posconflicto.

Para dar respuesta a dicha inquietud, se desarrollará la ponencia, no sin antes exponer de manera breve los objetivos principales de la misma. En primer lugar, se manifestará la importancia que tienen las clínicas jurídicas en Colombia en la etapa de posconflicto, por un lado, como agentes de cambio de una realidad social, y por otro, como instrumentos pedagógicos esenciales para el desarrollo académico y profesional de los estudiantes de las facultades de Derecho en todo el país. En segundo lugar, y como objetivo especial, se resaltarán el marco de acción que puede tener el GAP, como un agente de cambio social y jurídico que aporta al desarrollo del posconflicto en el país, a través de una multiplicidad de estrategias y planes de actuación.

1. Las clínicas jurídicas y su trabajo en América Latina

El concepto de clínica jurídica ha sido definido por Abramovich (como se citó en Carrillo, 2011) así:

Ámbito de trabajo jurídico tendente a garantizar la vigencia de algunos derechos y el acceso a la justicia de determinados sectores de la población y, al mismo tiempo, un espacio de docencia destinado a la preparación de los estudiantes para la práctica profesional del Derecho. (p. 36)

Por lo anterior, a partir de la evolución de la enseñanza legal clínica, se ha demostrado que el Derecho no puede distinguirse como una vertiente únicamente teórica, sino que, por el contrario, debe complementarse con la construcción de habilidades en el estudiante para desempeñarse y aplicar los conocimientos aprendidos en el entorno. Así mismo, este debe estar en contacto directo con la realidad social a la que se enfrentará en la práctica profesional, lo cual le permitirá propender por un cambio social en el ejercicio de su rol como abogado dentro de la sociedad.

Es importante resaltar que la educación legal clínica se origina en Estados Unidos en los años treinta, después de que la educación jurídica tradicional fuera objeto de críticas pues distaba de la realidad a la que se enfrentarían los estudiantes de Derecho en el ejercicio de la profesión. Por tal razón, se empezaron a constituir las llamadas clínicas jurídicas en cada Facultad de Derecho. A través de ellas los estudiantes pudieron “conocer el lado humano de la administración de justicia” (Álvarez, 2007, p. 229) y se generó, en consecuencia, “un movimiento social en el que los estudiantes querían usar el Derecho como instrumento de cambio social y representar a personas de bajos recursos” (Álvarez, 2007, p. 231).

Rodríguez (como se citó en Carrillo & Espejo, 2013, p. 25) expone que, en América Latina, las clínicas jurídicas también surgieron como consecuencia de las críticas que recibía la educación legal clásica, debido al bajo impacto e ineficacia que esta generaba en la enseñanza del Derecho. Sin embargo, su desarrollo en la región amplió la visión que planteaban en Estados Unidos, pues si bien, se mantenía la intención de generar un cambio social a través del Derecho y brindar ayuda a personas de bajos recursos, en el cono sur se adoptaron elementos propios, de acuerdo con las problemáticas y las necesidades que afrontaba cada país; en ellos aumentaban las condiciones de desigualdad social, económica y política, así como situaciones de exclusión. Frühling (como se citó en Carrillo & Espejo, 2013) señaló que dichas realidades provocarían la necesidad de involucrar “las facultades de Derecho en iniciativas jurídicas de interés público y de derechos humanos” (p.26).

De esta manera, se generó un modelo de activismo en el ámbito judicial que buscaba la representación y garantía de los derechos y las necesidades

de aquellos que habían sido “tradicionalmente excluidos del poder o en una situación de desventaja económica, social o política en relación con las élites locales” (Carrillo & Espejo, 2013, p. 27). De este modo influían en aquellos casos que generaban un alto impacto en la sociedad, al tratarse temas muy sensibles que afectaban los derechos humanos, como los derechos sociales y la no discriminación.

Por lo tanto, con la implementación de las clínicas jurídicas en Latinoamérica se evidencia “la importancia de la defensa de los derechos humanos desde la academia, la proyección social del abogado y las particularidades del sistema jurídico y educativo de la región” (Torres, 2013, p. 713). Además, se marcan como pauta esencial para “transformar el Derecho y la enseñanza del mismo” (Álvarez, 2007, p. 232). Entonces se introduce la enseñanza legal clínica como una visión renovada ante las formas cotidianas de enseñar el Derecho. En ella, se crea una perspectiva de la educación mucho más cercana a la realidad a la que los estudiantes se enfrentarán en el ejercicio de sus conocimientos y de su profesión, y se demuestra que, en el marco de las clínicas jurídicas, se rescata la practicidad plena del conocimiento del Derecho y se pueden generar diversas soluciones frente a distintas situaciones reales y problemáticas (Torres, 2013).

Las clínicas jurídicas buscan que los estudiantes puedan enriquecer su conocimiento al adquirir competencias, tanto prácticas como teóricas, que funcionen como herramientas para generar un cambio en su realidad social y para asumir las problemáticas inmersas en su entorno. De igual modo, son el espacio propicio para que se formulen estrategias idóneas establecidas por componentes, tanto pedagógicos como investigativos y sociales, encaminados a dar frente a las situaciones que se presenten. De esta manera, se refleja la responsabilidad social que tiene en sí misma la profesión del abogado, destacando así una doble misión como bien ha sido expuesto por Puga (como se citó en Torres, 2013) así: “Educar al estudiante y proveer servicios legales, lo cual permite el cambio en la visión del Derecho, aporta al cambio social y reconoce el ejercicio socialmente responsable de la profesión” (p.716).

De acuerdo con el componente social, es pertinente resaltar que este ha marcado la pauta frente a la diferenciación de las clínicas anglosajonas, respecto de las clínicas latinoamericanas. Debido a que estas últimas, si mencionamos a Carrillo (como se citó en Londoño, 2015) “se conciben a sí mismas no solo como una herramienta pedagógica para la enseñanza del Derecho, sino también, como agentes de cambio democrático en casos de debilidad institu-

cional o insuficiencia de los Estados” (p.59). Además, Carrillo (como se citó en Londoño, 2015) indica que “se caracterizan por su actuación en defensa de minorías (grupos o individuos) con desventajas sociales, políticas o culturales” (p.59).

De este modo, el desarrollo de las clínicas jurídicas ha asumido un papel preponderante en la realidad social, construyendo de manera constante espacios para el reconocimiento y la protección de derechos de quienes no han contado con la visibilización que merecen ni con las garantías que el Estado les debería proporcionar. Al mismo tiempo se convierten en el escenario para formar en habilidades y conocimientos, tanto prácticos como teóricos, a aquellos que ejercerán el papel de abogados y respaldarán estas causas sensibles.

De acuerdo con lo anterior, en Colombia el papel de las clínicas jurídicas también ha sido marcado por una etapa de transformación junto con la implementación de la Constitución del año 1991 y con la búsqueda de cambio de enfoque de la enseñanza del Derecho, que, en este caso, se encamina en el rol transversal que tendrá la defensa del interés público, el cual ha sido descrito por Villarreal (como se citó en Torres, 2013) como:

Todo aquello que involucre elementos de representatividad colectiva, donde los derechos y las garantías constitucionales se ven reflejados en la defensa de los principios que los soportan y cuya importancia se predica respecto de todas las personas; es interés público lo que implica unas condiciones comunes como bases esenciales, sin las cuales ni los derechos ni las libertades ni las garantías, pueden desarrollarse ni protegerse. Elementos que hace unos años no formaban parte del discurso político, jurídico y social de un Estado. (p. 718)

Sin embargo, aun cuando se resalte la gran incidencia social que han tenido las clínicas jurídicas y el objetivo que las caracteriza de proteger y defender el interés público, no se debe perder de vista que los casos que se tratan contienen contextos dinámicos. Por ello, al evaluar la situación que está afrontando actualmente Colombia con el posconflicto y con el proceso de justicia transicional, es fundamental que la enseñanza clínica jurídica se tome en un escenario de constante evolución. En él se abarcará el estudio de situaciones que se presenten bajo este marco y que posiblemente tengan un alcance difícil o no hayan obtenido un análisis extenso en la práctica o en la teoría, pero que pueden conducir a problemas sensibles, que conlleven a un impacto alto en la sociedad.

Así las cosas, al situarnos en el marco del posconflicto se está ante una realidad en la que pueden existir personas que histórica, y quizás reiteradamen-

te, han sido afectadas por el conflicto y quienes merecen que sus derechos sean protegidos y reconocidos como tales, sin que se derive exclusión alguna. De esta forma, las clínicas jurídicas deben ser activas en el rol que desempeñan, generando alianzas con actores que faciliten o se encuentren más cerca a los focos donde este se efectuó, y aún se desarrolla, y puedan generar un cambio social conjunto. Del mismo modo, consolidar espacios para investigar y realizar acciones pedagógicas y de difusión sobre los derechos de los grupos que son vulnerables a él y la manera en que sean protegidos. De esta manera, se impulsa una transición completa hacia la paz que busca el país y que se espera mantener en términos de estabilidad, sostenibilidad y perdurabilidad.

2. El Grupo de Acciones Públicas (GAP), sus características y su experiencia en procesos de transformación social

El GAP es una clínica jurídica de interés público que vela por la materialización del principio de responsabilidad social en el ejercicio de la profesión legal, a través de la práctica de actividades que pretenden la protección de los derechos de las comunidades en condición de vulnerabilidad, el acceso a la justicia y la atención de necesidades legales colectivas, y procura generar un balance de justicia y garantía de derechos en la sociedad.

El GAP tiene principalmente dos objetivos, uno de carácter pedagógico y otro de carácter social. El primero es formar a los estudiantes a través de la educación legal clínica, brindando herramientas relacionadas con las competencias, habilidades y destrezas propias de un buen abogado (Torres Villareal, 2013) y que no se enseñan ni se aprenden en las aulas de clase, puesto que son conocimientos que se derivan de la interacción del estudiante con la realidad. El segundo es brindar asesoría legal a las comunidades vulnerables para la defensa de sus derechos, situación que permite a los estudiantes poner en práctica sus conocimientos al servicio de la sociedad en casos de alto impacto.

Si se atienden los objetivos del GAP y la complejidad de las temáticas que enfrenta, también se reconoce que estructura su planeación pedagógica, así como las acciones legales y sociales, a partir de tres ejes: investigación, pedagogía y relaciones interinstitucionales y de visibilidad. Desde el primer eje, el grupo estudia y analiza problemáticas jurídicas del giro diario de sus acciones, y procura la consolidación de las fortalezas y habilidades de la investigación formativa, lo cual puede traducirse en ponencias y artículos académicos susceptibles de publicación. El segundo eje pretende poner a disposición de las

comunidades los conocimientos acerca de sus derechos y los mecanismos para su protección, y así crea contenidos que permitan enseñar estos temas de una manera más accesible. Finalmente, a través del tercer eje se intenta poner en marcha un esquema de alianzas necesarias para el desarrollo de estrategias de litigio, pero también para dar visibilidad a las acciones de la clínica y para fortalecer el movimiento educativo en Colombia y en la región.

De manera transversal, y aunado a los esfuerzos desarrollados en los ejes, el GAP atiende los casos que son objeto de su competencia, a partir de una selección basada en los lineamientos que la propia clínica se traza en su planeación académica y que atiende los fines para los cuales fue creada; esto se desarrolla a través del diseño e implementación de estrategias de litigio de distinta naturaleza que promuevan la defensa del interés público y la protección de los derechos humanos.

Así las cosas, la división estructural del GAP permite abarcar los problemas jurídicos de una manera pluridimensional, materializado a través del litigio estratégico con miras a la protección de los derechos de las comunidades y grupos vulnerables. En ese sentido, tanto la experiencia del grupo como su estructura permiten visibilizar la forma en que la clínica jurídica puede contribuir en el proceso del posconflicto en Colombia. Tres ejes que llevan a que el GAP genere propuestas que abarquen no solo el ámbito judicial, sino también, las problemáticas propias del posconflicto desde una postura interdisciplinaria y eficiente.

3. Acciones para la construcción de paz: una propuesta del Grupo de Acciones Públicas

Resulta fundamental aclarar que las acciones que se expondrán a continuación son solo algunas de las cuales podrían ser adelantadas por las clínicas jurídicas de cara al posconflicto. Para el caso que nos ocupa, el enfoque estará frente a aquellas estrategias implementadas por el GAP. Por ello, estas no serán las únicas medidas que hacen parte de la propuesta de acción del Grupo para aportar a la construcción de una paz estable y duradera bajo este contexto, debido a que en la etapa final surgirán diferentes métodos y espectros de acción, con base en la realidad del país.

3.1. Seguimiento legislativo y estrategia de litigio frente a las altas Cortes

El papel del GAP dentro de la estrategia legislativa resulta fundamental, ya que con posterioridad a la aprobación del Acuerdo Final para la Termina-

ción del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera han sido creadas varias herramientas legislativas y serán formadas diferentes leyes que buscan desarrollar la regulación y materialización del acuerdo para la efectividad del mismo.

Pese a lo anterior, el mero trámite de proyectos de ley y la creación legislativa por parte del Congreso de la República no resulta ser la única garantía para que las disposiciones creadas se materialicen de manera efectiva, en la realidad de quienes buscan ser protegidos mediante el conjunto de leyes. Por lo anterior, surge una necesidad de dar seguimiento, tanto de manera previa como posterior, al procedimiento legislativo, de tal forma que se pueda evidenciar un cambio en la realidad de las víctimas y de la sociedad colombiana en su conjunto, a partir de la garantía y efectivo cumplimiento a las disposiciones legales que regulen el acuerdo en mención.

Adicionalmente, dicho medio de actuación de la clínica es de carácter continuo y será implementado a partir de dos momentos. En primer lugar, el seguimiento legislativo, anterior a la promulgación de las leyes; en segundo lugar, el seguimiento a la legislación, una vez se hayan ratificado las respectivas leyes reguladoras del acuerdo.

En cuanto a la primera estrategia legislativa, como clínica jurídica, el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario ejercerá incidencia durante el proceso de construcción de las leyes y el análisis de los Derechos Humanos que median. Asimismo, realizará el respectivo estudio de la conexidad del interés público y la normatividad en el marco de la implementación de los acuerdos aprobados. A través de esta incidencia, la clínica jurídica establecerá los comentarios que considere apropiados a los proyectos de ley que se encuentren en trámite dentro del Congreso.

Para la incidencia en la formación de leyes, el GAP ejecutará una búsqueda de las temáticas en las que tenga la suficiente experiencia para ejercer intervención, así como aquellas que sean de interés, con base en la afinidad temática de las mismas, caso en el que serán enviadas las respectivas observaciones a los proyectos de ley. Para ello, se otorgará un evidente aporte al proceso de construcción de leyes y en esa medida a la garantía de los derechos de quienes son objeto de protección en la nueva legislación.

Por otro lado, al hacer referencia a la segunda estrategia señalada, es importante tener en cuenta que, con la simple promulgación de las leyes regulatorias del Acuerdo de paz, no se garantiza la materialización de sus disposiciones. Por lo cual resulta trascendental el seguimiento a la ejecución de las

respectivas leyes por parte de la clínica jurídica, con la principal finalidad de que haya supervisión en el cumplimiento de las disposiciones consagradas en la legislación para la garantía de los derechos de quienes se ven cobijados por esta, y que, en esa medida, sean implementadas las disposiciones a la realidad socioeconómica y cultural del posconflicto en el país.

Lo anterior hace referencia a la vigilancia de la ejecución de las leyes que ya han sido aprobadas. Al respecto, se implementará una incidencia legislativa mediante el análisis de la constitucionalidad de aquellas que han sido promulgadas. Esta última será desarrollada ante la Corte Constitucional y se efectuará, principalmente, a través de dos vías: por un lado, las intervenciones ciudadanas y, por otro, las acciones públicas de inconstitucionalidad.

En cuanto a las intervenciones ciudadanas, el GAP se encargará de pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la ley y su relación con los derechos constitucionalmente protegidos por la Administración Pública. De la misma manera, interpondrá la acción pública de inconstitucionalidad cuando considere que la ley promulgada viola de manera directa la Constitución Política. Para ello, se implementará un amplio estudio previo por parte de los estudiantes en el que mediará el uso de otras estrategias de litigio, a la hora de la interlocución de la acción de constitucionalidad.

3.2. Acciones pedagógicas en el posconflicto y consolidación de nuevos derechos colectivos

Una de las propuestas que plantea el GAP, a partir del trabajo que efectúa con las comunidades vulnerables y de especial protección constitucional, es el desarrollo de actividades pedagógicas. Con estas se pretende que “las comunidades tengan claridad respecto de las alternativas viables en Derecho, resuelvan sus inquietudes y se apoderen de la defensa de sus propios derechos” (Londoño & Torres, 2014, p.12). De esta manera, se fomenta la creación de espacios en los cuales las comunidades participen, se apropien de sus problemáticas y se empoderen de la defensa de sus derechos, conociendo cuáles son estos y los mecanismos para su protección. En este mismo sentido, también se proyectan estrategias sociales:

Las cuales se pueden ver representadas en actividades culturales alternadas con espacios de aprendizaje, empoderando a la población a partir de la concientización de sus características y las de su contexto, así como de la importancia de ellos para la consolidación de un Estado. (Londoño & Torres, 2014, p.12)

De esta manera se propician escenarios para que las comunidades, por medio de actividades y ejercicios, tales como talleres, conversatorios, difusión de cartillas, entre otros, puedan reconocer y enaltecer su importancia dentro de la sociedad misma. Por lo tanto, bajo estas dinámicas y en el marco del posconflicto, se plantea la elaboración de estos medios para la difusión de las leyes o decisiones de las altas Cortes que proporcionan garantías a los derechos de las comunidades afectadas, así como la difusión de aquellos que, inmersos en la justicia transicional, las personas poseen. Así mismo, se pueden establecer acciones pedagógicas y sociales como medios para dar a conocer los instrumentos con que cuentan y pueden aprovechar las personas de la comunidad.

Adicionalmente, y teniendo presente que hay comunidades a las que es difícil acceder y donde pueden existir actividades tanto sociales como pedagógicas que pueden ser difíciles de asumir solamente por el GAP, tales como la difusión y realización de talleres, se abre la posibilidad de utilizar y generar alianzas estratégicas, entendidas como aquel “tipo de relación que se puede dar en la búsqueda de la defensa del interés público y los derechos humanos” (Torres, 2015, p. 481), de la mano de “otras clínicas jurídicas, con algunas ONG u organizaciones sociales que aborden temáticas semejantes o con intereses sociales afines” (Torres, 2013, p. 726).

De manera que con las alianzas estratégicas se puede lograr “un litigio de alto impacto y con ello un resultado visible en las comunidades afectadas” (Torres, 2015, p. 482), sin que estén encaminadas no solamente a iniciar un proceso judicial, sino a la realización y promoción de acciones sociales y pedagógicas, que estén relacionadas con los objetivos, tanto de la clínica como del caso que se trate.

De este modo, se pueden crear alianzas estratégicas con clínicas jurídicas departamentales o regionales, facilitando la materialización de este tipo de acciones, debido a que ellas pueden tener una mayor cercanía con las comunidades a las que se busque llegar, afianzando las relaciones con diferentes actores para hacer extensibles otras medidas que realice el GAP, y se puedan trabajar con las comunidades vulnerables.

Adicionalmente a las propuestas planteadas y teniendo en cuenta el momento histórico en el que la sociedad colombiana se encuentra, el GAP propone la posibilidad de crear y construir nuevos derechos en el marco del posconflicto y de la justicia transicional para las comunidades que han sido vulnerables, teniendo presente el carácter dinámico y evolutivo que ha marcado la construcción de los derechos a través del tiempo.

De acuerdo con ello, se plantea la posibilidad de que se puedan contemplar nuevas categorías de derechos colectivos para estas comunidades, adicionales a aquellos que ya se encuentran enunciados en la Ley 472 de 1998, por medio del último inciso del artículo cuarto, el cual versa de la siguiente forma: “Igualmente, son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia”, siendo esto una oportunidad de invocar la protección de los nuevos derechos, que se implementen a través de la llamada justicia transicional.

Para ello, es indispensable que se construyan espacios propicios para dar a conocer las nuevas categorías de derechos, e introducir en las comunidades su existencia y los mecanismos por medio de los cuales se pueden proteger. Así, se convierten en necesarias las alianzas estratégicas con otras organizaciones y la planeación de acciones pedagógicas para poder difundir y empoderar a las comunidades afectadas por el conflicto armado, sobre los derechos que tienen en virtud de la justicia transicional.

Conforme a esta propuesta, es necesario tener presente que la justicia transicional es aquel “conjunto de acciones tendientes a conseguir la verdad, reparación y justicia” (Torres, 2011, p. 62), y que, en nuestro caso, son posteriores a la finalización de un conflicto armado interno. Por lo cual, al estar dentro de una etapa de posconflicto en la que se incorporan los derechos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición a través de acuerdos y leyes, puede llegarse a invocar, en virtud al último inciso del artículo 4to de la Ley 472 de 1998 y en desarrollo de las garantías de no repetición, el derecho a la memoria.

El derecho a la memoria puede contemplarse no solo como una prerrogativa de determinadas comunidades, sino que podría invocarse como una garantía de la sociedad misma, la cual, de acuerdo con Antequera (como se citó en Cabrera, 2013):

Emerge como la garantía en virtud de la cual el Estado se ve obligado a implementar mecanismos necesarios para que la sociedad reconozca las vulneraciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, desde una política de elaboración constante, pedagógica, pública, participativa y exigible socialmente, destinada a la consolidación de los ejercicios de memoria pública como un bastión cultural de la sociedad colombiana, sobre la base de la garantía integral de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. (p. 183)

Por lo tanto, al ser conscientes de que a través de la justicia transicional pueden incorporarse al ordenamiento jurídico nuevos derechos, como lo es el derecho a la memoria, es posible “evitar la repetición de los hechos (garantías de no repetición) a través del despertar de la conciencia colectiva, como quiera que la medida tendrá repercusión en el espacio público y la preservación de la memoria de las víctimas” (Cabrera, 2013, p. 179).

3.3. La protección del medio ambiente en el escenario del posacuerdo

Para empezar este capítulo, se desarrollará un contexto histórico del conflicto armado en el país, y cómo la llegada del Acuerdo puede generar nuevos retos en la protección del medio ambiente, a partir de la identificación de ventajas y desventajas. Luego, este apartado se enfocará en las características que existen en el GAP y sus divisiones entre comisiones para proponer las medidas adecuadas y efectivas, con el fin de mitigar los posibles riesgos, como la deforestación o el mal manejo de los recursos naturales.

Al hablar del posacuerdo, se debe remitir al conflicto que ha existido en el país para entender las dinámicas que este tenía y que llevaron a aquello que conocemos como el Acuerdo de paz. Lo primero que hay que decir es que los grupos insurgentes de Colombia se han caracterizado por ser unas guerrillas rurales —excepto el M-19 el cual era un movimiento meramente urbano— que se movían en lugares donde el Estado no tuvo acceso, territorios que eran ignorados. Ejemplo de ello son las FARC o el ELN que surgieron en el campo, uno en Marquetalia, y el otro en las cercanías a Simacota, Santander, para después trasladarse a la selva con el propósito de consolidarse y protegerse.

Las espesas selvas y bosques de los territorios ocupados por las guerrillas, constituían escenarios ideales de lucha, en tanto que les permitían esconderse e impedir ser hallados, tanto por las búsquedas aéreas como las terrestres. La consecuencia de ello fue que directa, o indirectamente, se protegieron estos espacios de la presencia o explotación por parte de otros actores, ya que ni para los empresarios, los campesinos o el Estado resultaba seguro penetrar estos ecosistemas para la ejecución de cualquier actividad económica. Al respecto, Lorenzo Morales, en su informe “La paz y la protección ambiental en Colombia: Propuestas para un desarrollo rural sostenible”, nos describe una paradoja. El lado positivo del conflicto armado:

Una de las paradojas de Colombia es que, así como la guerra ha tenido un impacto negativo sobre el medio ambiente, también es evidente que permitió la conservación de vastos territorios que estuvieron vedados no solo al Estado sino

a proyectos industriales, de infraestructura o a la posibilidad de formación de asentamientos humanos. Esta conservación se hizo a veces de manera espontánea, por la imposibilidad de acceder a territorios controlados por las guerrillas, como es el caso del páramo de Sumapaz, en las afueras de Bogotá, zona de retaguardia guerrillera. En otras fue un acto deliberado, donde los grupos armados buscaron legitimación política mediante la regulación de la vida social y los ciclos económicos. En algunas zonas, especialmente donde la economía está basada en la explotación de recursos naturales, los grupos armados imponen restricciones a la caza o la pesca o incluso castigan la tala de madera, el desvío de fuentes de agua y el comercio de fauna silvestre. Esto se ha dado en las fronteras amazónicas con Perú y Brasil y hay reportes de restricciones similares en zonas del Guaviare y del río Duda en el Meta. (Morales, 2017, p. 12)

Como lo expone la cita anterior, los grupos insurgentes producían ciertas ventajas y desventajas para el medio ambiente. No es posible desconocer que ellos también generaban graves daños al ecosistema¹, como la deforestación de los bosques para poder sembrar sus cultivos ilícitos, los ataques a los oleoductos o la minería ilegal que realizaban con el fin de obtener ingresos que soportaran sus actividades. Incluso, algunas zonas fueron protegidas por las minas antipersonales, ya que les eran útiles para sus fines militares, como tener corredores de movilidad. El miedo generado por los grupos al margen de la ley que habitaban determinados ecosistemas, fijaba la protección de estos mismos. Lo anterior, debido a la desconfianza que dicha situación creaba en las poblaciones, razón por la cual no se atrevían a ingresar a esas zonas.

En este contexto el medio ambiente está en la ambivalencia entre seguir siendo territorio prohibido y estar protegido por un grupo insurgente y el miedo, o esperar que el Estado llegue y establezca su debido cuidado, ya que el abandono estatal se genera porque no puede garantizar su presencia efectiva en ciertos lugares del país, principalmente donde las FARC sí tenían control.

Teniendo en cuenta el contexto descrito, se puede decir que uno de los puntos a favor, producto del Acuerdo y de que las FARC abandonen sus territo-

¹ La transformación de la hoja de coca en cocaína requiere del uso intensivo de precursores químicos, en tanto que la explotación de oro requiere de mercurio y cianuro. Además, los ataques contra la infraestructura petrolera, especialmente oleoductos, han causado el derrame de miles de barriles de crudo. El Departamento Nacional de Planeación calculó, en un escenario optimista, que por cada año de paz el país ahorraría \$ 7,1 billones (unos 2,4 mil millones de dólares) en costos evitados de degradación ambiental. Departamento Nacional de Planeación (2016). *Dividendos ambientales de la paz: retos y oportunidades para construir una paz sostenible*. Bogotá, Colombia: Dirección de Estudios Económicos.

rios, es el descubrimiento de especies que se ha generado a causa de las nuevas exploraciones en los terrenos que antes estaban prohibidos. Luego del acuerdo con las FARC, el país está en el momento de conocer estos territorios que no habían sido explorados y así documentar la diversidad de fauna y flora que se puede encontrar (El Tiempo, 2017).

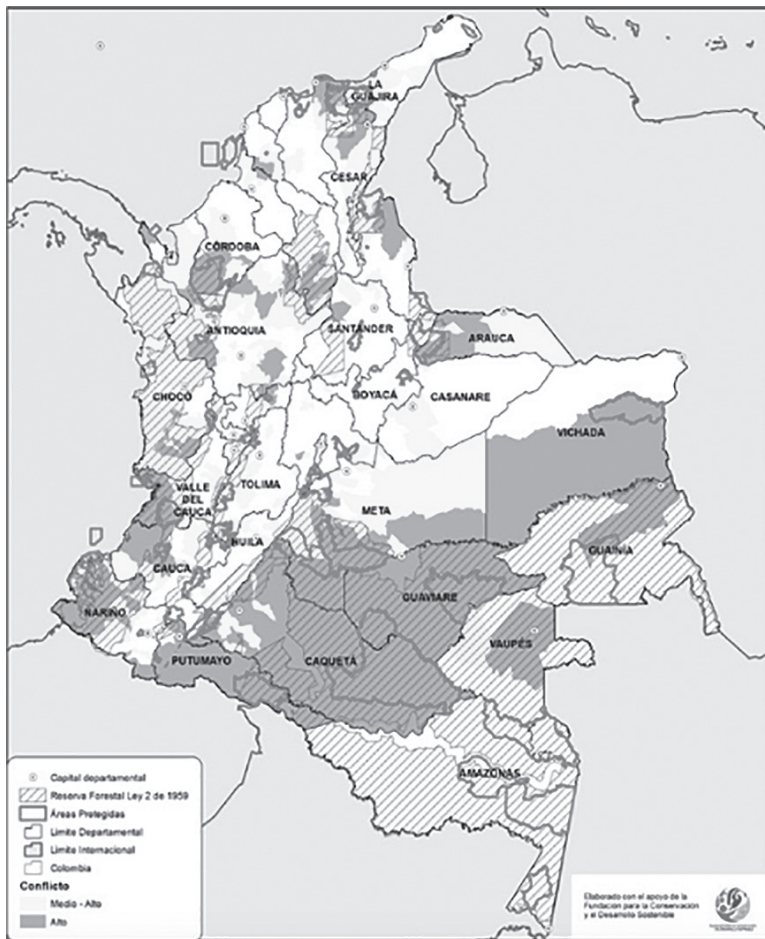
Como producto de esta oportunidad, surgió Colombia Bio —una exploración que busca igualarse a la expedición botánica efectuada por José Celestino Mutis en la época de la colonia—. Fue lanzada en el año 2016 por Colciencias y el Instituto Humboldt; en ella hay investigadores nacionales e internacionales que quieren actualizar el inventario ambiental, examinando los lugares apartados y antes vetados por la guerra. Al respecto, Felipe García, gerente de Colombia Bio explica:

Nosotros hemos tenido casi un tercio del país bloqueado, producto del conflicto, territorio al que la ciencia no había podido entrar en décadas. Estos territorios, que ahora llamamos de posconflicto, son también los más biodiversos de Colombia y el mundo. Son bosques tropicales del mayor interés científico por la cantidad de especies que tenemos contenidas en estos. Diferentes plantas, insectos, fauna, hongos y microorganismos, una gran riqueza que para la ciencia es música para los oídos. (El Tiempo, 2017)

La tarea de Colombia Bio no es fácil, teniendo en cuenta la extensión del país. A pesar de la información que el Sistema de Información en Biodiversidad tiene registrada, quedan muchas partes del territorio para explorar y conocer, que son de gran potencial para las investigaciones de biodiversidad que se deben desarrollar en él.

Para precisar las regiones donde el conflicto armado había generado un control de las FARC, es posible afirmar que, en el mapa expuesto, el color café refleja los lugares donde este ha sido mayor; en ellos la presencia del grupo fue efectiva. A la vez, son las zonas que dejarán de tener un control y en las cuales el riesgo ambiental está en aumento. El control territorial que antes tenían se debe disolver, producto del acuerdo. En el área en la que intervenían las FARC se empieza a vislumbrar uno de los principales retos que afronta nuestro país, ya que se debe mitigar el riesgo ambiental latente en estos territorios en los cuales el grupo al margen de la ley era el administrador y el Estado no tiene acceso. Estos sectores quedan sin manos que los regulen, por lo cual están a disposición de diferentes actores interesados en su explotación. Este es el vacío que el Estado debe cubrir y proteger.

Figura 1. Nivel del conflicto por municipio de Colombia, áreas protegidas y reserva forestal



Fuente: Fundación para la Conservación y el Desarrollo Sostenible, 2015

Estos territorios deben vivir una inserción en la economía del país y pasar de ser áreas prohibidas a zonas que beneficien a la sociedad. Ejemplo de ello son los terrenos destinados para el cultivo de la coca, que precisan cambiar su función y propender por actividades lícitas. El Gobierno tendrá que crear capacidad institucional para anticiparse y fijar las reglas del juego que promuevan riqueza y empleo, pero también generar la protección de ecosistemas frágiles, porque si esto no sucede el Estado estaría vulnerando un territorio que necesita amparo.

Sin embargo, la debilidad de que adolece el Estado genera varios riesgos. Por un lado, que ciertos actores —bandas criminales, facciones disidentes de las FARC o grupos como el ELN, que siguen activos— copen esos espacios con economías ilegales como las relativas a la coca, la minería o la tala. Por otro, que el desembarco de actividades económicas legítimas se haga de manera desordenada y en detrimento de los ecosistemas y servicios ambientales que ofrecen estos territorios. (Morales, 2017, p.14)

De acuerdo con lo anterior, los factores de peligro en el actual posconflicto, teniendo en cuenta el territorio que dominaba las FARC, son la ocupación de los territorios y la llegada de los nuevos actores económicos a ellos. Estos riesgos pueden traer algunas consecuencias como el aumento en la deforestación, especialmente donde los nuevos actores quieran ingresar o hacer mal uso del suelo que conlleve a su deterioro. El Estado ha de compensar los intereses de los nuevos sectores económicos, pues:

La restauración ambiental en el posconflicto es parte de la restauración social, por ello son responsables los actores del conflicto en volver la naturaleza a su trayectoria evolutiva. Es parte del respeto al capital ambiental y la calidad de vida de los ciudadanos. (Correa, 2015, p.142)

Estos sectores económicos traerán empresas y operarán de manera legal en los territorios a los que se hace referencia en el texto. El fin del control y poder de los grupos armados en los terrenos abre la puerta al desarrollo de nuevos megaproyectos, tanto industriales o de infraestructura en esas zonas del país. Estos pueden llegar a destruir el medio ambiente; proyectos como la minería, los monocultivos o la explotación de petróleo. También los habrá de carácter lícito que posiblemente generarían afectaciones al medio ambiente.

Con base en lo anterior y en los principales riesgos que se pueden generar, se van a proponer ciertas actividades propias del GAP. Antes de empezar, se resalta que el Grupo promueve la educación legal clínica y el litigio estratégico como pilares de la enseñanza y del trabajo con las comunidades; para afrontar estos nuevos retos se indagará acerca de las diferentes maneras de protección del medio ambiente, que entrelacen nuestra experiencia y las dinámicas sociales del caso que se está exponiendo. Se buscará fortalecer la gobernanza ambiental, que es la alternativa para generar una respuesta efectiva, ofreciendo así un espacio en el que los diferentes actores puedan exponer las propuestas que busquen reducir el impacto en el ecosistema (Molina, Molina, & Rodríguez, 2016). A partir de la educación legal clínica y el litigio estratégico, se pretende

que la gobernanza ambiental aumente en las comunidades que son las llamadas a ser un aliado estratégico de la clínica jurídica para lograr consolidar todos los proyectos.

4. El GAP y el medio ambiente, del problema a la propuesta

El GAP, como clínica jurídica, posee la particularidad de dividirse en tres comisiones internamente, que se caracterizan por ciertos enfoques: investigación, medios y pedagogía, los cuales serán fundamentales para la propuesta sobre la protección ambiental como se demuestra a continuación.

Desde la Comisión de Investigación se generarán propuestas académicas para analizar el problema que se acaba de describir. Estos planteamientos se van a enfocar en el riesgo que existe en dejar territorios abandonados, en los vacíos legislativos en cuanto a su futura destinación, en la delimitación de zonas y parques protegidos, en la problemática de la tenencia irregular y en la ausencia de títulos que legitimen la propiedad. Para estos efectos, la investigación se deberá centrar también en el rol esencial que debe jugar la sociedad civil, en atención a la consolidación de control efectivo de estas zonas del país. Así mismo, se podrán realizar investigaciones en torno a la identificación de planes y proyectos que se estén llevando a cabo entre diferentes instituciones, con el fin de identificar aquellos en los cuales el GAP pueda aportar, y así se logre la integración de los esfuerzos que se realizan en la materia.

Por otro lado, las investigaciones que se lleven a cabo, fundamentalmente estarán dirigidas a la búsqueda y utilización de mecanismos legales para la protección del medio ambiente en estos territorios, abogando por la estabilidad y protección de los ecosistemas y de las personas que en ellos habitan.

Adicionalmente, desde la Comisión de Investigación se pueden buscar diferentes casos internacionales² que permitan identificar aciertos y desaciertos en las políticas adoptadas por diversos Estados en el posconflicto. Así se trabajaría un análisis comparativo para resaltar los éxitos y evitar los errores que hayan cometido en varios lugares. Estas investigaciones se verán reflejadas en textos para que pueda acceder toda la comunidad, no solo académica, sino también civil y política.

Desde la Comisión de Medios se buscará generar un control al acceso y la explotación de los territorios que están en riesgo. Este es uno de los aspectos

² Al respecto cabe resaltar que América ha vivido bastantes problemas con guerrillas rurales, principalmente en Centroamérica y Latinoamérica. Como también algunos conflictos africanos. Todos estos han generado diferentes dinámicas que buscaron proteger el medio ambiente.

del litigio estratégico, que nos dice que el Derecho y los procesos no solo se desarrollan en los juzgados, sino en otros espacios, como en este caso lo son los medios de comunicación. La Comisión se enfocará en generar conciencia en la sociedad, para que así respeten y valoren los recursos que existen en los territorios. En este sentido buscaremos empoderarlos para que ellos generen control cuando sepan que alguno de los territorios está siendo afectado. Es decir, esta Comisión se centrará en brindarle voz a la ciudadanía, y cuando sea necesario exponer los problemas ante los medios de comunicación.

Adicionalmente, la Comisión de Medios es la encargada de generar las alianzas estratégicas que el GAP puede aprovechar para el desarrollo de las actividades. Es decir, establecer relaciones entre las organizaciones que puedan tener un mayor acceso a las comunidades y a su territorio, y así generar un mayor alcance, ya que uno de los límites que se podría encontrar en las propuestas del GAP es la distancia.

Si se puede lograr mayor acceso, también se conseguirá mayor campo de acción y mayor efectividad en las diferentes actividades que se realicen desde el GAP. Cabe resaltar, como anteriormente se ha descrito, que las alianzas estratégicas buscan lograr “un litigio de alto impacto y con ello un resultado visible en las comunidades afectadas” (Torres, 2015, p. 482).

Por otro lado, la Comisión de Medios será la llamada a difundir aquello que se produzca en el GAP, es decir, las investigaciones y las estrategias pedagógicas. Divulgar por medio de las alianzas que nos brindarán un alcance a la comunidad a la que queremos llegar. El material que elabore el GAP tiene como fin principal generar y construir educación a la comunidad para que sea esta la empoderada de las problemáticas ambientales y opere como un factor principal en la protección del medio ambiente en estos territorios.

Desde la Comisión de Pedagogía se propone generar diferentes actividades de la mano de las alianzas estratégicas con organizaciones o clínicas jurídicas regionales que nos garanticen el alcance a la población. Estas actividades tendrán dos fines principales, el primero es enseñar a la población civil que habita lugares en riesgo, cómo pueden tener medios jurídicos para proteger sus intereses ambientales y, el segundo, transmitir por medio de la enseñanza y la pedagogía, la importancia de conservar y proteger el medio ambiente al que tienen acceso las comunidades, empoderando a las mismas a través de cátedras relacionadas con los derechos humanos, los derechos colectivos y los diferentes mecanismos judiciales para buscar su protección a través de las instituciones judiciales del Estado.

Conscientes de las dificultades por la distancia geográfica, la Comisión estaría encargada de realizar cartillas pedagógicas, contenidos audiovisuales y de radio, que se puedan distribuir en el país a través de las diferentes alianzas estratégicas, como también, por medio de la página web del Grupo de Acciones Públicas y sus redes sociales.

Cabe resaltar que ninguna de estas estrategias es excluyente entre sí. Todo el GAP está llamado a generar propuestas intercomisiones e interdisciplinarias, sin dejar de realizar las actividades que lleva ejecutando. Ejemplo de ello es brindar el apoyo necesario para que los derechos ambientales se protejan y se respeten los lineamientos legales.

5. Retos y conclusiones

De acuerdo con lo expuesto a través del presente escrito, podemos destacar las siguientes conclusiones y retos para el ejercicio de las clínicas jurídicas y la enseñanza legal clínica ante el escenario del posconflicto:

- La enseñanza legal clínica debe ser un espacio presto a recibir situaciones jurídicas que sean innovadoras, que respondan a nuestra realidad y que logren el impacto social esperado. Por ello deberá mantenerse en constante evolución y en esta medida se pueden proporcionar las herramientas necesarias de investigación, pedagogía y difusión, para afrontar los casos reales a los que el estudiante de Derecho se puede enfrentar.
- Sin importar la modalidad o el esquema en el que se vaya a construir una clínica jurídica, no debe perderse de vista que estas deben ser espacios donde se les brinda a los estudiantes de Derecho una formación práctica, a través de la cual desarrollan habilidades y destrezas. Así, se podrá ejercer el conocimiento jurídico aprendido durante la carrera al prestar servicios legales gratuitos a comunidades vulnerables o menos favorecidas, que les permite fortalecer su experiencia como abogados.
- De conformidad con la realidad actual que afronta Colombia, se ha reflejado que las clínicas jurídicas juegan un papel preponderante en el posconflicto al poder realizar acciones ya sean pedagógicas o sociales, de intervención en la creación de leyes o en la transformación de las mismas, en las que se promueva el reconocimiento de derechos tanto existentes como nuevos (al incorporarse la justicia transicional en el país) en las comunidades que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

- Es primordial generar alianzas estratégicas entre clínicas jurídicas y con organizaciones que sean afines a la protección del interés público, de esta manera se logrará un trabajo en conjunto y un contacto mucho más cercano con las comunidades en las que se espera superar el conflicto y se busca empoderar en sus derechos.
- Se debe buscar el fortalecimiento del interés social por la protección de los derechos, tanto existentes como nuevos, y del medio a través de nuevos mecanismos que sean próximos a los ciudadanos y a las comunidades, así como a través de la utilización de los medios de comunicación.
- Para finalizar, se puede decir que uno de los mayores retos que se localizan con la llegada del posconflicto es el impacto ambiental. Se debe hacer la salvedad de que hay consecuencias tanto positivas como negativas, y son estos los desafíos que como clínicas jurídicas se deben establecer y afrontar. Por lo que se deberán consolidar esfuerzos para que el medio ambiente no esté inmerso en actividades o intervenciones económicas desfavorables y, en este sentido, los territorios abandonados a causa del conflicto armado son aquellos que se atenderán, para evitar secuelas que pueden entorpecer su etapa posterior.

El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario se está preparando para asumir su rol en el posconflicto, aprovechando una de sus principales características de tener diferentes enfoques por comisiones y buscando abarcar gran parte de las necesidades que la comunidad puede asumir en este contexto.

Referencias

- Álvarez, A. (2007). La educación clínica. Hacia la transformación de la enseñanza del Derecho. En *Enseñanza clínica del Derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados* (pp. 225- 245). México D. F., México: Instituto Tecnológico Autónomo de México D. F.
- Bushnell, D. (2011). *Colombia, una nación a pesar de sí misma*. Bogotá, Colombia: Editorial Planeta.
- Cabrera Suárez, L. A. (2013). El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación. *Pensamiento Jurídico*, (36), 173-188.
- Carrillo, A. (2011). *Diferencias entre las clínicas de servicios jurídicos gratuitos y las clínicas de interés público y derechos humanos*. México: Corte Suprema de Justicia.

- Carrillo, A., & Espejo Jaksic, N. (2013). Re-imaginando la clínica jurídica de derechos humanos. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, (22), 15-53.
- Correa, G. (2015). Restauración ambiental y posconflicto. *Revista de la Universidad de la Salle*. (66), 133-144.
- El Tiempo*. (2017, 20 de mayo). El fin de la guerra nos permitió hallar nuevas especies. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/el-fin-de-la-guerra-nos-permitio-conocer-nuestras-especies-89416>
- Londoño Toro, B. (2015). *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Londoño Toro, B., & Torres Villarreal, M. L. (s.f.). Herramientas para la protección del interés público en América Latina: el diseño de un litigio de alto impacto desde la Educación Legal Clínica. *Tirant Lo Blanch*, (pp.1-24).
- Molina, A., Molina, D., & Rodríguez, E. (2016). *Gobernanza ambiental y posconflicto en Colombia*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.
- Morales, L. (2017). La paz y la protección ambiental en Colombia: Propuestas para un desarrollo sostenible. Bogotá, Colombia: El Diálogo. Liderazgo para las Américas.
- Torres Ávila, J. (2012). Marco constitucional y víctimas del conflicto armado: los retos de la justicia transicional y la dogmática de los derechos. *Revista Iusta*, (36), 61-80.
- Torres Villarreal, M. L. (2013). La enseñanza clínica del Derecho: una forma de educación para el cambio social. La experiencia del grupo de acciones públicas de la Universidad del Rosario. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (43), 705-734.
- Torres Villarreal, M. L. (2015). Las alianzas estratégicas. Unión de esfuerzos para la defensa del interés público. *El interés público en América Latina. Reflexiones desde la educación legal clínica y el trabajo pro-bono*, 479-490.

Las clínicas jurídicas como actores claves en la defensa de los derechos de las víctimas en el posacuerdo*

Mayra Alejandra García Ramírez**

Resumen. A través de este artículo se pretende identificar cuál es el papel de las clínicas jurídicas de interés público en relación con la defensa de los Derechos Humanos (DDHH) de las víctimas en el marco del posacuerdo. El punto de partida son los estudios sobre la función de la educación clínica como práctica transformadora y la necesidad de establecer el rol de estas, en la protección de sus derechos sin que ello implique sustituir el papel del Estado. Para ello se ha propuesto, en primer lugar, revisar ¿qué se entiende por defensa de derechos humanos de las víctimas?, comprendiendo el alcance, la finalidad y las formas que la constituyen. En segundo lugar, efectuar un análisis sobre los retos que afronta Colombia en la reparación y amparo de sus facultades, con el propósito de acercarnos a una propuesta de aquello que debería ser el trabajo clínico bajo su conservación y, finalmente, compartir algunas ideas y experiencias de la labor de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Universidad Santiago de Cali (USC).

Palabras claves: Clínicas jurídicas, defensa, víctimas, posacuerdo, derechos humanos.

* Ponencia presentada en el marco del VII Encuentro Nacional de Clínicas Jurídicas de interés público: El papel de las Clínicas Jurídicas de interés público en la construcción de paz en el posacuerdo; subtema: Función de las Clínicas Jurídicas en la defensa de los derechos de las víctimas. Ibagué, junio de 2017.

** Abogada, magíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Coordinadora de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Universidad Santiago de Cali y docente tiempo completo de las asignaturas Derechos Humanos y Justicia Transicional. Integrante del grupo de investigación GICPODERI de la Universidad Santiago de Cali.

Introducción

El presente artículo intenta responder el siguiente problema: ¿Cuál es el papel que deben desempeñar las clínicas jurídicas de interés público en relación con la defensa de los derechos de las víctimas en el posacuerdo? Para empezar, se concede una aproximación a qué se entiende por defensa de derechos humanos de las víctimas y se señalan algunos ejemplos que la establecen. Posteriormente, se enseña el panorama actual en relación con las víctimas del conflicto armado del país, para explicar cuáles son los retos que debe afrontar el Estado colombiano, con el fin de garantizar su reparación en una etapa de posacuerdo. A la vez, a partir de las experiencias y aprendizajes obtenidos en la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Universidad Santiago de Cali se presenta una propuesta para dar respuesta a la pregunta planteada en principio.

La tesis central radica en que la función de las clínicas jurídicas es complementaria a las acciones desarrolladas por el Estado y por las organizaciones defensoras de derechos humanos; que, en ningún caso es posible sustituir el papel del Estado y que es necesario empoderar a las víctimas no solo para reclamar la aplicación de sus derechos, sino también, para reintegrarlas a la sociedad civil y establecer el cese de su condición.

La estructura de la ponencia responde a la necesidad de comprender el contenido y el alcance de aquello que significa defender los derechos de las víctimas, más allá de las intervenciones administrativas y judiciales que en el marco del litigio estratégico puedan desarrollarse. En este sentido, la identificación de actividades de formación, de pedagogía, la investigación en derechos humanos, el empoderamiento y el acompañamiento a esta población, hará sostenible la reparación y la reincorporación a la sociedad en una fase de posacuerdo.

La autora agradece el apoyo de la docente investigadora adscrita a la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Universidad Santiago de Cali, doctora Liliana Ambuila Valencia, en la elaboración y revisión de este artículo.

Objetivos

Objetivo general

- Establecer cuál es el papel que deben desempeñar las clínicas jurídicas de interés público en relación con la defensa de los derechos de las víctimas en el posacuerdo.

Objetivos específicos

- Determinar el contenido y el alcance del concepto de defensa en el marco del ejercicio de los derechos de las víctimas.
- Analizar cuáles son los retos que enfrenta el Estado colombiano, en relación con la reparación de las víctimas del conflicto armado interno.
- Presentar una propuesta acerca de qué debería ser el trabajo clínico en un contexto de posacuerdo, con respecto a la defensa de los derechos de las víctimas.

Metodología

El presente trabajo se plantea desde una perspectiva analítica sobre el papel de las clínicas jurídicas de interés público, en relación con la defensa de los derechos humanos de las víctimas en el posacuerdo. Al finalizar, se presentan algunas ideas sobre el papel que deberían desempeñar, a partir de la experiencia de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la USC.

1. Defender los derechos de las víctimas: contenido y finalidad

Pensar en cuál es la función que deben desempeñar las clínicas jurídicas de interés público frente a la defensa de los derechos de las víctimas en el posacuerdo implica entender su contenido y qué mecanismo o formas existen para ello. Según señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE, 2017) defender es sinónimo de amparar, librar, proteger, mantener o sostener algo contra el dictamen ajeno. La defensa de los derechos de las víctimas podría ser entendida, como toda aquella acción encaminada a su conservación en cualquier contexto.

Una definición más amplia la proporciona el campo de los Derechos Humanos, bajo la cual entenderemos su protección como una modalidad de su tutela. En este sentido, la defensa de los derechos humanos constituye uno de los instrumentos de trabajo crecientemente utilizados por diferentes organizaciones, orientados al desarrollo de los intereses y al empoderamiento de los sectores sociales con mayor grado de vulnerabilidad y de exclusión social y política (Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, 2017).

Si revisamos las actividades desarrolladas por personas u organizaciones defensoras de derechos humanos encontramos una multiplicidad de acciones que van desde la defensa legal de las víctimas, las campañas educativas y la propuesta de nuevas leyes, hasta la investigación y documentación sobre vio-

laciones de los derechos humanos (Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, 2017).

Hasta ahora, solo se ha intentado una aproximación conceptual respecto de qué se entiende por defensa de derechos en el campo de los derechos humanos. Esta, no solo ofrece una definición adecuada, sino que también concede ejemplos de las diversas actividades desarrolladas por sus defensores¹. Dentro de ellas encontramos las siguientes²:

Ejercicio de acciones jurídicas locales, nacionales e internacionales: Una de las más recurrentes es por vía administrativa o judicial. Este camino es adecuado cuando se ha producido un daño y se busca la obtención de reparación. Las acciones pueden estar acompañadas de otro tipo de actividades tendientes a lograr verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

*Investigación y difusión sobre violaciones de Derechos Humanos*³: Los defensores de los derechos humanos también investigan, documentan y difunden casos de violaciones de los mismos, como estrategia de promoción y resguardo, pues a través de este mecanismo ejercen presión política o social y ubican el debate en el escenario público.

Incidencia institucional para lograr el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos: En la organización del Estado son diversas las entidades que poseen competencias directas en relación con la promoción y protección de los derechos humanos. Por eso, el ejercicio de incidencia con cada una de ellas, también constituye un campo de acción muy importante en el marco de su defensa.

¹ Se ha extendido el empleo de la expresión *Defensor de los derechos humanos* a raíz de la aprobación de la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos en 1998. Hasta entonces, términos como el de activista, profesional, agente o supervisor de los derechos humanos habían sido los más comunes. Se considera que *Defensor de los derechos humanos* es más pertinente y útil. Ver: Folleto informativo No. 29 Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>

² “Se usa la expresión *Defensor de los derechos humanos* para describir a la persona que, individualmente o junto con otras, se esfuerza en promover o proteger esos derechos. Se les conoce sobre todo por lo que hacen, y la mejor forma de explicar lo que son consiste en describir sus actividades y algunos de los contextos en que actúan. Los ejemplos que se ofrecen de sus actividades no constituyen una lista exhaustiva”. Ver: Folleto informativo No. 29 -Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>

³ El activismo en redes sociales resulta ser una estrategia de difusión sobre violaciones a los derechos humanos. Algunos ejemplos son [change.org/](https://www.change.org/) y [AVAAZ: https://secure.avaaz.org/page/es/](https://secure.avaaz.org/page/es/)

Educación y capacitación en materia de derechos humanos: Uno de los retos más grandes en el ejercicio de defensa de los derechos humanos es lograr que todos los sectores, instituciones, sociedad civil y víctimas, cuenten con sus conocimientos mínimos. Esto implica garantizar que los funcionarios adopten protocolos de atención bajo parámetros de enfoque diferencial, que conozcan el alcance normativo, e incluso, institucional de la entidad que representan y la importancia de la no revictimización por parte de las instituciones y de la sociedad civil. De la misma manera, que empoderen a los afectados para exigir del Estado las garantías correspondientes (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017).

Con fundamento en lo anterior defender los derechos de las víctimas no solo incluye las acciones administrativas o judiciales a través de las cuales se pretende evitar un perjuicio irremediable, reparar un daño causado o impedir que se produzcan nuevas vulneraciones de derechos. También involucra capacitarlas sobre la ruta que deben seguir para obtener las medidas de asistencia, atención y reparación, con el propósito de identificar cuál es su posición en el ámbito social, jurídico y político del país. A través de la educación se transforma la visión tradicional de que ellas necesitan representantes para el ejercicio y la garantía de sus derechos.

2. Retos que afronta Colombia en la reparación de los derechos de las víctimas del conflicto armado

De acuerdo con lo expresado hasta el momento, la defensa de los derechos de las víctimas tiene por objeto promover y reparar. En ese sentido, antes de indicar cuál es el papel que las clínicas jurídicas de interés público deben asumir frente a esta situación, es importante revisar cuáles son los retos que afronta el Estado colombiano en relación con la promoción y la reparación de las víctimas del conflicto armado. Esto permite dimensionar la magnitud del problema e identificar dentro del marco de las competencias de las clínicas jurídicas, cuál puede ser el mayor aporte que se efectúe con respecto a este tema.

Se identifican varios retos en la promoción de derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia; uno es que el Estado debe propender porque ellas conozcan sus obligaciones y derechos derivados de la vulneración de estos últimos.

En ese hilo de argumentación, también será un desafío para el país lograr que se conozca la verdad sobre lo ocurrido durante estos más de cincuenta años de conflicto armado interno, es decir, que sepan qué, cuándo y dónde sucedió y

quiénes financiaron y facilitaron (políticos, empresas, particulares) la comisión de hechos victimizantes. Lograrlo devolverá la confianza perdida en la institución, contribuirá a fomentar el respeto irrestricto de los derechos humanos y ayudará a prevenir la repetición de los hechos victimizantes.

Frente a la reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia, “el reto primordial radica en la capacidad del Estado para diseñar un procedimiento expedito y eficaz, que restituya a la víctima a las condiciones que tenía antes de la ocurrencia del hecho victimizante” (Garay Salamanca & Vargas Valencia, 2012, p. 50-51), en medio de la vigencia del conflicto, en el que no ha existido espacio para la transición.

Desde la reparación transformadora, el desafío no es solo reintegrarla a las condiciones que tenía antes del hecho victimizante, sino también, mejorar su condición; pues en muchos casos, regresar a las víctimas a su estado anterior es revictimizarlas, porque su condición ya era precaria en el pasado.

Es indudable que, en los últimos veinte años, el Estado haya expedido una serie de normas a través de las cuales se han consagrado medidas de reparación en el marco del conflicto armado. Así encontramos que el primer referente normativo es la Ley 418 de 1997, a través de la cual se establecen mecanismos de atención y asistencia para las víctimas de violencia política. Posteriormente se expide la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, por medio de la cual se busca reparar de manera individual a todas las víctimas de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley. Es la primera vez que se señala un procedimiento de reparación por vía administrativa, el cual fue reglamentado a través del Decreto 1290 de 2005. Además de establecer este procedimiento, los hechos victimizantes y los montos a otorgar por concepto de indemnización, se incluyeron medidas de rehabilitación y de satisfacción para las víctimas del conflicto armado, lo cual manifiesta un avance significativo en relación con la reparación integral. Finalmente, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras —en adelante Ley 1448 de 2011— es aquella que logra recoger en un mismo texto normativo las demandas de asistencia, atención y reparación para quienes sufren las consecuencias del conflicto armado.

A través de la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios⁴, no solo se amplía el concepto de víctima, sino que, se crean entidades especializadas para la reparación integral y para la restitución de tierras. Se establece un margen de

⁴ Entre otros, ver Decreto 4800 de 2011, Decreto 4633 y 4635 de 2011 y Decreto 4829 de 2011 modificado por el Decreto 1071 de 2015.

tiempo en el cual todas deben ser atendidas y se concibe un amplio desarrollo en relación con las medidas de rehabilitación y satisfacción.

En la actualidad, después de la firma del acuerdo final para la terminación del conflicto entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP, se han expedido diferentes instrumentos jurídicos, a través de los cuales se incluyen mecanismos judiciales y extrajudiciales para hacer efectiva la reincorporación de los miembros de la guerrilla a la vida civil y se proponen mecanismos de reparación y garantías de no repetición. A través del acto legislativo 01 de 2017 se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición, que está conformado por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, la Jurisdicción Especial para la Paz y las medidas de reparación integral para la construcción de paz y garantías de no repetición. Aunque aún son numerosas las preguntas que existen sobre la estructura final, lo actual vislumbra cambios significativos en las formas de reparación y en los mecanismos administrativos, judiciales y extrajudiciales establecidos para ello, razón por la cual, se convierte en un reto el conocimiento que de estos instrumentos tengamos todos.

Ante la necesidad de identificar, esclarecer, reconocer y responder a la magnitud de los daños materiales y morales generados como consecuencia del conflicto armado, es necesario saber que, según los datos reportados por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV), en Colombia existen 8405265 víctimas del conflicto armado, de quienes 7159144 corresponden a desplazamiento forzado (Unidad de víctimas, 2017). A simple vista su situación en nuestro contexto es una tragedia humanitaria y para clarificarla, se recurre a los casos utilizados por el Centro de Memoria Histórica. Pensar en esta población como tamaño de localidades resulta más ejemplificador: si ubicamos a todas las víctimas del conflicto en una misma ciudad, estas podrían ser del tamaño de Bogotá o, quizá, más grande (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013).

Lo anterior indica que el 86 % de las víctimas que ha dejado el conflicto colombiano corresponden a desplazamiento forzado, situación que nos ubica en el primer puesto de los países con mayor número en este plano (ACNUR, Agencia de la ONU para los refugiados, 2017) y el segundo después de Afganistán con mayor cifra por minas antipersonales: 10.990 (Colombia Humanum, 2017).

El desplazamiento forzado es una de las mayores tragedias humanitarias, acarrea toda suerte de rupturas y pérdidas y supone una violación simultánea, múltiple y continua de un extenso listado de derechos (Ceballos Bedoya, 2012). Si bien, no todos los desplazados forzados eran pobres antes de los hechos de violencia, lo cierto es que los niveles de pobreza en relación con las víctimas de desplazamiento forzado aumentaron. Del 50 % pasaron al 97 %; los niveles de indigencia pasaron del 23 % al 80 % (Garay Salamanca et al., 2009). El reto que tiene Colombia frente a la reparación es enorme, pues no solo debemos remediar los daños ya causados, sino también, desarrollar estrategias para garantizar que no exista otra víctima de los mismos hechos, ni que las existentes vuelvan a serlo. “El desafío está en reconstruir proyectos de vida y tejidos sociales que se han roto con el desplazamiento” (Garay Salamanca & Vargas Valencia, 2012, p. 50-51).

Colombia fue el primer país del mundo en iniciar procesos de reparación en medio del conflicto armado, lo cual supone la revisión permanente de las condiciones de seguridad, en cada una de las intervenciones desarrolladas por las instituciones que generan medidas que garanticen la no repetición. La lucha que afronta el Estado pasa por establecer las medidas de reparación adecuadas, el diseño de procedimientos expeditos, el deber de preservar la memoria y de realizar procesos de formación y promoción sobre la necesidad de respetar y defender los derechos humanos, no solo en contextos de conflictos armados, sino también, en épocas de transición y de paz.

3. El papel de las clínicas jurídicas frente a la defensa de los derechos de las víctimas

3.1. ¿Para qué la enseñanza clínica del Derecho?

Antes de aproximarnos a algunas ideas sobre el rol que deben desempeñar las clínicas jurídicas en relación con la defensa de los derechos de las víctimas en una fase del posacuerdo, es importante efectuar una revisión de los estudios sobre el origen y la evolución de la enseñanza del método clínico. Lo anterior, porque la estructuración de la clínica jurídica como práctica transformadora del derecho se convierte en el punto de partida para identificar ese papel, entendiendo su razón de ser y las diferentes acciones que constituyen modalidades de salvaguardia en el marco de los derechos de las víctimas.

Algunos estudios sobre el origen de las clínicas jurídicas señalan que la educación clínica surge en gran medida como reacción a la educación jurídica tradicional, enciclopedista, memorista y poco práctica (Courtis, 2007) en

la que a los estudiantes de las facultades de Derecho les enseñan la norma y cuáles son las etapas del proceso, la jurisprudencia y la doctrina, las escuelas y los teóricos.

Por lo anterior se identifica “una característica predominante en la enseñanza del Derecho en América Latina y es la de la existencia de un énfasis excesivo en la memorización, en desmedro del desarrollo de la capacidad de argumentación” (González Morales, 2004, p. 11).

Así pues, su método tradicional plantea la idea de que el único objeto de estudio lo constituyen las normas jurídicas y el razonamiento, conforme al cual los conflictos que se susciten en una sociedad deben resolverse solo de acuerdo con las normas jurídicas que estén vigentes en ese momento. De lo contrario, la resolución sería arbitraria (González Morales, 2004). De seguir en este método, la enseñanza del Derecho solo es posible proyectarla a través de estudios descriptivos y reduccionistas. Este no solo reduce el objeto de estudio e investigación del mismo, sino que:

... Por la misma formación tradicional que han recibido la mayoría de los jueces, las características de la argumentación que ellos esperan de los abogados no se asocia con un sentido fuerte del concepto. Para romper el círculo vicioso se requiere, entonces, modificar las modalidades de evaluación en la enseñanza jurídica, que en definitiva terminará fortaleciendo una capacidad de argumentación genuina tanto en las presentaciones escritas y las alegaciones de los abogados, como en las sentencias de los jueces. (González Morales, 2004, p. 180)

Ahora bien, respecto de los países del sistema del *Common Law*, la forma en que se lleva adelante la enseñanza del Derecho tiende a ir más por la vía de entregar al alumno las destrezas que le permitan analizar, evaluar, enunciar y comparar situaciones reales concretas, que ser capaz de seleccionar los contenidos de las normas jurídicas en las clases y repetir aquello que dice el educador en sus exámenes. Los profesores no son profesionales, en el sentido en que su tarea se parece más a un *hobby* que a una actividad que demanda intensa dedicación (González Morales, 2004).

Para los docentes del *Common Law*, la enseñanza del Derecho es una tarea subordinada a la principal, que es, en general, la de trabajar como abogado o juez. Puesto que, el estudio de casos implica el enfrentamiento con el mundo real, abstracción, interpretación y análisis de las normas constitucionales y legales sobre la materia. El estudiante, entonces, se acerca a las actividades desarrolladas por los jueces y abogados.

La propuesta clínica surge de la necesidad de romper los paradigmas tradicionales en la enseñanza del Derecho y parte en principio, del estudio de casos para acercarse a los roles de abogado o juez, pero, posteriormente, vincula todo tipo de ejercicios profesionales, incluso, desde las funciones legislativas.

3.2. Propuesta del trabajo clínico a partir de las experiencias de la Clínica Jurídica en DDHH de la USC

En el desarrollo y la evolución que han adquirido las clínicas jurídicas encontramos un rasgo característico y es su trabajo en litigio estratégico de interés público. Colombia no ha sido ajena a esta evolución, pues ha encontrado en él una posibilidad de generar mayor impacto en la protección y salvaguarda de los derechos humanos.

A través de la transformación de la enseñanza del Derecho, en América Latina y en Colombia, la propuesta clínica ha permitido que las facultades de Derecho realicen litigio estratégico de interés público en derechos humanos, que consiste en la selección y presentación de un caso ante los tribunales nacionales o internacionales, como un medio para defender y promover los derechos humanos (Pelletier Quiñones, 2012).

“A pesar de que el objeto del litigio de impacto en derechos humanos o litigio de interés público es obtener una decisión favorable que produzca efectos jurídicos y sociales, el hecho de no ganar el caso no significa una derrota” (Pelletier Quiñones, 2012, p. 320), porque la presentación y socialización de este, permiten evidenciar una problemática sobre la cual el Estado no ha intervenido o la manera en que lo ha hecho resulta poco efectiva o eficaz. Generar presión política nacional o internacional a partir de la visibilización del caso, incluso, que la sociedad opine, tome partido o conciencia sobre el particular, resulta también ganancia.

Las clínicas jurídicas han entendido que efectuar litigio de interés público resulta beneficioso en tanto requiera menor desgaste de recursos físicos y económicos y el impacto de los resultados podría beneficiar a un número indeterminado de personas o a una comunidad específica de la sociedad.

Bajo esta lógica y frente a las necesidades actuales del país, la propuesta en el marco de la defensa de los derechos humanos tendrá que estar unida inescindiblemente al contexto nacional, frente al desarrollo e implementación de los acuerdos (fase de posacuerdos) y también a la consolidación de la paz.

La Clínica Jurídica de la Universidad Santiago de Cali propuso intervenir las líneas misionales (docencia, investigación y extensión) con el objeto de

aportar a la promoción y la reparación a las víctimas como acciones derivadas de la defensa. Para ello, desde la docencia, a través de cursos electivos se introdujo la cátedra de Justicia Transicional y Litigio Estratégico en Derechos Humanos. Puesto que promocionar los derechos de las víctimas debe partir de la educación sobre la genealogía del conflicto, el concepto y alcance de la justicia transicional, las experiencias comparadas y el actual proceso de paz. Por su parte litigar en el área de los derechos humanos requiere no solo adquirir los conocimientos teóricos y conceptuales relacionados con el tema, sino que, implica conocer cómo documentar un caso en derechos humanos, cuáles son las estrategias de litigio y sus mecanismos de promoción, protección y reparación.

Desde la investigación, la Clínica Jurídica interviene en la presentación de *amicus* y sus proyectos aprobados por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad están relacionados con la evaluación y presentación de propuestas en torno a la reparación de víctimas, la restitución de tierras, las experiencias comparadas respecto a la Justicia Transicional, la Comisión de la Verdad, la Memoria Histórica.

En la labor de extensión, la Clínica ha propuesto la realización de jornadas de actualización, diplomados (educación continua), seguimiento a políticas públicas, entre otros; que permitan cumplir con la función de educar a nuestros egresados y a la población local y regional sobre las normas, instrumentos y el proceso actual de transición.

No obstante, ese ejercicio ha permitido evidenciar dos aspectos importantes que facilitan una formulación de propuesta de trabajo clínico encaminado a la defensa de los derechos de las víctimas del conflicto armado.

Por un lado, desde el ejercicio de acciones que generan un vínculo externo (todas las actividades de extensión) es evidente el rechazo por parte de la sociedad civil a la reintegración social de actores del conflicto que se están desmovilizando, pero paradójicamente, también frente a las víctimas sumado al desconocimiento sobre aspectos generales de la implementación de los acuerdos.

Y, por otro, de cara a lo interno, el sistema nacional de atención, asistencia y reparación a las víctimas, el marco jurídico para la paz y la justicia de transición en la actualidad son tan amplios en términos normativos y jurisprudencial, que casi crean una jurisdicción sobre la cual, sin profesionales que trabajen el tema, resulta insuficiente que la orientación a estas personas en los consultorios jurídicos se limite a la remisión a entidades especializadas.

Construir una propuesta que incluya todos los escenarios de defensa, que tenga en cuenta las dificultades y los retos de reparar a las víctimas en el con-

texto colombiano y que no pierda de vista la razón de ser de las clínicas jurídicas, no es una tarea menor, pues genera grandes desafíos.

Al atender el objetivo de las Clínicas Jurídicas en derechos humanos, la labor en litigio de interés público y la intención de trabajo experiencial que contribuya en la formación de los estudiantes como futuros abogados sumado al contexto nacional, en el que es necesario asumir la protección de las víctimas del conflicto armado, una propuesta sobre su papel en derechos humanos en relación con la promoción y la defensa de sus derechos de cara al posacuerdo deberá contener:

Litigio de interés público: Presentar las acciones constitucionales o de intervenciones judiciales que permitan mejorar, transformar o proponer ajustes normativos o procedimentales que garanticen la efectividad y cumplimiento de los derechos de las víctimas, que integran las técnicas de litigio estratégico en derechos humanos.

Compartir experiencias: Fomentar los espacios que permitan compartir vivencias entre clínicas para conocer obstáculos, avances, retrocesos, estrategias, áreas de trabajo y problemáticas sobre las cuales se trabaja, incluso, para la construcción de alianzas de cooperación.

Formación: Contribuir desde el concepto de educación continua en estudiantes, egresados, funcionarios públicos, miembros de la rama judicial y sociedad civil, sobre la implementación de los acuerdos, el conocimiento permite derribar mitos.

Investigación: Explorar soluciones y propuestas desde la disciplina de la investigación científica es un rol propio de las instituciones educativas. Y en el área de los derechos humanos de las víctimas, las clínicas jurídicas deben propender porque se desarrollen, financien y difundan los resultados de este tipo de estudios.

Conclusiones

- El modelo de clínica surgió con el propósito de transformar la enseñanza tradicional del Derecho a partir de la necesidad de ampliar el objeto de estudio, más allá de memorizar y recitar la norma. Conforme al paso del tiempo, a la evolución de las sociedades, de las instituciones y de sus conflictos, es necesario proponer alternativas creativas para que la enseñanza de esta ciencia tenga la capacidad de transformar realidades nacionales,

regionales y locales, que implican revisar en forma permanente el contexto territorial sobre el cual actúa.

- Son muchas las necesidades con las que cuentan actualmente las víctimas del conflicto armado en el país. Algunas de ellas pueden resolverse quizá, con un derecho de petición o una acción de tutela, pero el caso a caso, en forma individual y por demanda, no debe ser una función de las clínicas jurídicas, porque no solo desnaturalizamos el rol que desempeñan, sino que también, invadimos funciones de los Consultorios Jurídicos a los cuales llegan todas las demandas de derechos de poblaciones vulnerables que no pueden acceder a un abogado privado.
- Aun cuando admitiéramos que las clínicas jurídicas pueden desempeñar funciones de representación judicial de víctima en víctima, la pregunta que deberíamos formularnos es ¿el rol de las clínicas jurídicas en relación con la defensa de los derechos de las víctimas se cumple saturando a las autoridades administrativas y judiciales con solicitudes que no han podido cumplirse por razones estructurales? Su deber es precisamente identificar cuáles son esas dificultades estructurales y sistemáticas que conllevan a que la realización de los derechos de las víctimas no sea una realidad, y proponer, desde esa indagación, estrategias y alternativas que permitan que todas se beneficien de las mismas.
- Admitir que la labor de las clínicas jurídicas es esencialmente práctica, no desconoce la necesidad de fortalecer aspectos teóricos. Ellas están llamadas a formar en derechos humanos, sobre generalidades, mecanismos de protección y herramientas de defensa y acerca del papel que cada integrante de la sociedad juega a su interior.
- Una de las consecuencias que ha dejado el conflicto fue la imposibilidad de documentar graves violaciones de DDHH y del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en zonas afectadas significativamente por este. Desde la labor de investigación, las clínicas jurídicas pueden formular proyectos encaminados a documentar las violaciones de derechos humanos, a proponer alternativas para mejorar la condición de las víctimas y a garantizar que se reincorporen a la sociedad para que en algún momento su condición desaparezca. Estas investigaciones constituyen una forma de hacer memoria, al tiempo que entregan insumos a la institucionalidad para que avancen en su trabajo.
- Pese a que llevamos más de cinco décadas en conflicto armado, un porcentaje significativo de la población colombiana desconoce su origen y

consecuencias, muchos ni siquiera saben dónde quedan los territorios que mayor afectación han tenido en relación con el número de víctimas. Es labor de la academia difundir conocimientos con respecto a este tema. Las clínicas jurídicas pueden aportar en forma significativa, a través de la inclusión de asignaturas en los programas de pregrado y posgrado, como también, por medio de procesos de capacitación que lleguen a todos los sectores y que puedan establecer criterios diferenciadores para la población que ha sido víctima. Esta es la única forma que tenemos de empoderarlas y acompañarlas; así, les permitimos que conozcan sus derechos y les enseñamos cómo los deben ejercer.

Referencias

- ACNUR Agencia de la ONU para los Refugiados. (2017). *Tendencias Globales sobre refugiados y otras personas de interés del ACNUR*. Recuperado de <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/>
- Bedoya, M. A. (2012). Protección Diferenciada de Derechos en Colombia. La condición de desplazado como clave de acceso del derecho a la vivienda. En Gallego García, G. M. & González, M. J. (Ed.), *Conflicto armado, justicia y reconciliación* (p. 226). Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *Basta Ya: Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá, Colombia: CNMH.
- Colombia Humanum. (2017). Recuperado de <http://www.humanumcolombia.org/colombia-el-segundo-pais-con-mas-victimas-de-mapmuse-en-el-mundo/>
- Courtis, C. (2007). *La educación clínica como práctica transformadora*. Recuperado de [file:///C:/Users/lenovo/Downloads/La_ense_anza_Cl_nica_como_pr_ctica_transformadora%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lenovo/Downloads/La_ense_anza_Cl_nica_como_pr_ctica_transformadora%20(1).pdf)
- Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. (2017). Recuperado de <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/52>
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2017). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=C1sjxz1>
- Garay Salamanca, L. J., Barberi Gómez, F., Uprimny Yepes, R., Saffon Sanin, M. P., Prada Pardo, G., Ramírez Gómez, C., & Forero Álvarez, J. (2009). *El reto ante la tragedia humanitaria: reparar de manera integral el despojo de tierras y bienes del desplazamiento forzado*. Bogotá, Colombia: Proceso Nacional de Verificación.

- Garay Salamanca, L. J., & Vargas Valencia, F. (2012). Desafíos de la Restitución de Tierras y Reparación en Colombia. *Memoria y Reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- González Morales, F. (2004). *El trabajo clínico en materia de Derechos Humanos en América Latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet-29sp.pdf>
- Pelletier Quiñones, P. (2012). Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos. *Revista IIDH*. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/55/pr/pr13.pdf>
- Unidad de Víctimas. (2017). *Unidad de Víctimas*. Recuperado de <http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>

La comisión de éxito como forma efectiva de remuneración del contrato estatal: origen, requisitos y límites

Jorge Hernán Beltrán Pardo,^{*}

Resumen. El presente artículo desarrolla conceptos y parámetros claros sobre el uso de la figura de comisión de éxito como forma de pago de las obligaciones contractuales presentes en el acuerdo estatal. Lo anterior, desde la perspectiva y el análisis de la incidencia del derecho privado, sus principios y reglas como cuerpo normativo subsidiario del derecho público. Esto mediante la exposición de razones que sustentan y validan el uso de dicha figura, conforme con la libertad que tienen las partes del contrato de pactar estipulaciones referentes a la forma de pago del mismo y, al margen de que su origen se encuentre en el derecho privado. Igualmente, se plantearán a lo largo del escrito los parámetros indicados por el Consejo de Estado para que su uso sea admitido y justificado, entendiendo de esta manera que el derecho público en efecto, podrá valerse de dicha figura, aunque con algunos límites fijados.

^{*} Abogado de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Contractual de la misma universidad, y en Compraventa Internacional, Comercio Electrónico y otros problemas actuales del derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid (España); candidato a magister en Administración y Gobierno Electrónico de la Universidad Oberta de Cataluña. Se ha desempeñado como servidor público, abogado, asesor y consultor de problemas actuales del derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) y de varias entidades públicas del orden nacional y territorial. Es miembro de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG) y en materia de lucha contra la corrupción. Hizo parte del equipo técnico que impulsó y redactó la reforma al Estatuto General de Contratación, la expedición del Estatuto Anticorrupción y del Decreto Ley Antitrámites, y fue corredactor de su reglamentación. De la misma manera integró el equipo responsable de la regulación de las asociaciones público privadas APP, apoyó la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Contratación Pública (CINCO) y participó en el equipo que tuvo a su cargo la creación de la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente.

Palabras claves: Comisión de éxito, formas de pago, presupuesto, porcentaje, límites.

Introducción

Son múltiples los ámbitos a través de los cuales el derecho privado ha impregnado el marco jurídico del derecho público. De manera paulatina, se ha ido cerrando la brecha entre estos dos campos, que alguna vez llegaron a ser extremos. Al iniciar con los requisitos de existencia y validez del contrato estatal, y al pasar por la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes¹, la solución de controversias contractuales, entre otros, se han ido introduciendo figuras como el enriquecimiento sin justa causa, consagrado su principal fundamento en el Código de Comercio, 1971, el cual indica, en su artículo 831, que “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”, o las multas, que tienen su origen en el derecho privado, y han asumido un desarrollo jurisprudencial y legal a partir del artículo 17 de la Ley 1150 de 2011, que demuestran su clara influencia en el ámbito público.

En este sentido, a través del presente artículo se pretenderá demostrar la importancia de la influencia del derecho privado en el ámbito público, específicamente en la forma de remuneración de los contratos estatales, que permite aclarar su definición, características y alcance, dejando claro en todo caso, que si bien la influencia del derecho privado en este campo ha sido fundamental en su desarrollo, siempre deberán existir ciertos límites intrínsecos en la naturaleza misma de la relación entre el privado y el Estado.

1. La incidencia del derecho privado en la contratación estatal

1.1. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) y principio de la autonomía de la voluntad privada

La primera referencia que contiene el EGCAP con relación a la incidencia del derecho privado es la remisión expresa a este ámbito, incorporada en el artículo 13:

Artículo 13°. De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto, **se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.** (...) (Negrillas fuera del texto)

¹ Cabe recordar, que la autonomía de la voluntad no es absoluta y, por lo mismo, posee claros límites tales como las leyes imperativas, las buenas costumbres y el orden público.

En este sentido, la ley autoriza de manera clara la aplicación subsidiaria de las normas de derecho privado, en todo aquello que no esté regulado por el EGCAP, tanto para las entidades sometidas a dicho estatuto, como para aquellas que se encuentran sujetas a régimen especial, v.gr. las empresas sociales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios y los institutos científicos tecnológicos.

Ahora bien, debe recordarse, además, que dentro de la definición legal otorgada al Contrato Estatal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, este se define como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”. Al tratarse de actos jurídicos, se entienden como una manifestación de voluntad dirigida a la producción de efectos de sus particularidades, ya sea para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, que a su turno constituyen ciertamente obligaciones, que por regla general tienen la característica de la bilateralidad.

En materia de cumplimiento contractual el Consejo de Estado se ha referido de la siguiente forma:

Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido. (Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Radicado N°. 33.447 de 2015)

Precisamente, una de las obligaciones que se pactan en los contratos sinalagmáticos, bilaterales y onerosos, es el pago, entendido como la prestación que se otorga por parte del deudor a favor del acreedor.

De conformidad con lo preceptuado en los artículos 1626 y 1627 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, y que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes (...)”. En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento, si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor

(Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Radicado N°. 24.809 de 2014).

En este sentido, uno de los elementos fundamentales del criterio es el pago de la obligación —se constituye como compromiso común en los contratos sinalagmáticos— que, por su naturaleza de acto jurídico, es generador de deberes por parte de las entidades a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (art. 32), o de los previstos en el Derecho Privado o en disposiciones especiales o procedentes del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Con ello resulta vinculante y necesario que se realice el pago efectivo adquirido como compromiso, a cargo del deudor y a favor del acreedor, a fin de extinguir la obligación adquirida.

Ahora bien, el pago de la obligación debe leerse de manera paralela con lo previsto en el artículo 40 del EGCAP, a través del cual se faculta a las entidades estatales a celebrar todo tipo de contratos permitidos en la ley y conforme con la autonomía de la voluntad, requeridos para el cumplimiento de los fines estatales. En concordancia con el artículo 13 de la Ley 80, antes desarrollado, en los contratos estatales se aplicarán de forma preferente las reglas establecidas en la Ley 80 de 1993 y, a falta de regulación en esta, las disposiciones comerciales y civiles. De manera particular, el artículo 40 de Ley 80 de 1993, dispone:

Artículo 40°. [...] En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. [...] (Negrillas fuera de texto).

1.2. Formas de pago en materia contractual

En desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y de lo previsto en el artículo 41 del EGCAP, la remuneración del contrato estatal puede ser determinada o determinable, o ambas, en un mismo contrato, v.gr. como cuando se pacta un costo fijo más una comisión de éxito. Al respecto, la sección tercera del Consejo de Estado sostuvo que:

El acuerdo sobre la contraprestación del contrato, previsto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 como un elemento esencial de este, implica un convenio en el que la remuneración puede estar determinada o ser determinable, siendo lo fundamental, que el contrato fije las reglas o pautas que permitan determinar el valor de la prestación debida. (Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Radicado N°. 12.846 de 2005)

En concordancia con lo anterior, las estipulaciones que hacen relación con el precio o la forma de retribuir o de efectuar el pago correspondiente por el cumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales incorporadas en el respectivo contrato estatal, deben fijarse de manera que no desconozcan los parámetros previamente señalados a nivel legal y jurisprudencial. Por ello, se tendrá en cuenta que las partes involucradas en el contrato estatal cuentan con la liberalidad de pactar la forma en que se pagará por los servicios que se prestan a favor de la entidad estatal, siempre que se observen los términos legales para tal efecto.

A manera de ejemplo, en el contrato de obra pública existen diferentes modalidades de pago, como el precio global, los precios unitarios, la administración delegada y el reembolso de gastos, cuyo origen se encuentra en el Decreto 222 de 1983 (derogado por el EGCAP), y pese a que no está incorporado en la Ley 80/1993, ello no significa que no puedan ser utilizados en la actualidad como modalidades de pago (Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Radicado N°. 18.080 de 2011).

1.3. La comisión de éxito dentro del contrato estatal

En la libertad que tienen las partes del contrato estatal de pactar estipulaciones en cuanto a la forma de pago del mismo, cuyo origen se encuentra en el derecho privado, existe una modalidad particular que ha suscitado múltiples discusiones: la comisión de éxito. Respecto al pacto de la comisión/prima de éxito, la Contraloría General de la República (2011) se pronunció indicando sobre aquella:

Se denomina prima de éxito aquellos honorarios adicionales que el cliente paga al abogado cuando obtiene un resultado favorable. [...] En la prima de éxito el abogado siempre recibe honorarios, incluso en el evento en que en el proceso se obtenga un resultado adverso. (p. 4)

Si bien la comisión de éxito es una forma válida de pago del contrato estatal, de manera desafortunada, en algunas ocasiones las entidades pactan dichas comisiones, sin apegarse a las reglas jurisprudenciales, que se han establecido para la legalidad del mismo, y en contravía de los principios propios de la contratación estatal, tales como planeación y transparencia, pues utilizan esta modalidad de pago como un vehículo para poder satisfacer sus propios intereses o beneficiar a un contratista en particular (Beltrán Pardo, 2016).

Por lo anterior, y con el fin de evitar actuaciones que atenten contra el cumplimiento de los fines estatales, el Consejo de Estado ha desarrollado una

serie de requisitos que deben cumplirse al momento de estipular una comisión de éxito, dentro de los cuales se encuentran:

4.3[...] (1) por virtud del principio de planeación para la fijación de una comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios que suscriba una entidad pública, se debe **establecer en los estudios previos la metodología y la escala de límites razonables para determinar la cuantía de la misma, con el objeto de responder al principio de conmutatividad;** (2) **así mismo, se debe contar con los estudios financieros, económicos y presupuestales, que permitan sustentar y determinar su proyección en tiempo y cuantía, lo que debe quedar incorporado en los pliegos de condiciones y en el contrato, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable, que pueda afectar el interés público o general, y vulnerar el principio de conmutatividad;** (3) para el reconocimiento y la cuantificación de toda comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios debe contarse con **los estudios económicos, financieros y de mercado que permitan establecer el valor que pueda representar el resultado o éxito efectivamente logrado con el objeto contratado;** (4) el valor de la comisión de éxito comprende tanto el IVA, como los demás impuestos a que haya lugar a cargo del contratista; (5) en los contratos de prestación de servicios solo se reconocerá la comisión de éxito siempre que efectivamente se logre beneficio [s] o éxito **objetivamente identificado en los estudios previos,** para el patrimonio público o el interés general; (6) en ningún caso podrá percibirse comisión de éxito por la simple ejecución del contrato, cuando no se ha logrado o verificado efectivamente el beneficio o provecho para el patrimonio público; (7) no se puede pagar comisión de éxito por fuera de lo estipulado contractualmente; y, (8) presupuestalmente debe estar respaldado el pago de la comisión de éxito para su pago, **de acuerdo con las normas y reglamentos, y en cumplimiento de la estricta legalidad de las disposiciones presupuestales aplicables por cada entidad pública.** (Negritillas fuera de texto). (Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Radicado N°. 35.268 de 2015)

Así las cosas, para pactar la comisión de éxito se deben tener en cuenta los parámetros antes indicados por el Consejo de Estado, en los cuales se realice una clara planeación contractual y, a través de la que en los estudios del mercado², sea posible justificar de manera clara el porcentaje determinado, y se identifique el beneficio que podría llegar a obtenerse, producto de la asesoría, en el que se disponga, además, de la partida presupuestal correspondiente que respalde el eventual éxito de la asesoría.

² Con relación a la importancia de la planeación contractual ver: Jorge Beltrán, *Guía para la Contratación Transparente en el Distrito de Bogotá*. Disponible en <http://www.beltranpardo.com/book>, páginas 17-34.

Sin embargo, no puede establecerse de manera objetiva y abstracta que un determinado porcentaje o valor es permitido o no, pues en todo caso siempre se deberá efectuar un análisis acucioso del sector, que admita justificar y determinar cuál deberá ser la comisión de éxito correspondiente, con relación a los precios del mercado.

De lo anterior se evidencia, además, que la fijación de la comisión de éxito en un contrato particular puede presentarse a través de un porcentaje o a un monto fijo. En la mayoría de ocasiones, se pacta un porcentaje con relación al contrato celebrado, o respecto del proyecto estructurado³, mientras en otros casos se establece un monto fijo que puede equivaler v.gr. a 1,5 veces del costo fijo del contrato⁴.

En similar sentido, la Contraloría General de la República manifestó, en su concepto 80112: EE38755 del 13 de julio de 2009, la importancia de la justificación del beneficio que logre la administración a través del pacto de dicha comisión:

La viabilidad de la Cuota Litis como forma de pago de honorarios por parte de la administración pública **requiere de una clara justificación en donde se denote que esta forma beneficia a la administración, que es la forma económicamente más adecuada de gestionar los recursos del Estado** representados jurídicamente en acciones procesales de un contenido patrimonial a su favor. Corresponde en este orden al gestor fiscal demostrar que esta forma de honorarios es la que más conviene a la administración pública dada la situación concreta en que se percibe el servicio jurídico a realizar. (Negrillas fuera de texto)

En este sentido, si bien la entidad estatal está en la libertad de pactar una comisión de éxito dentro del contrato estatal, no debe hacerlo bajo ninguna circunstancia de manera arbitraria, y en contravía de los principios, entre otros, de Planeación, Austeridad del Gasto y de manera general al de Economía, pues su incumplimiento podría conllevar a responsabilidad de tipo fiscal, disciplinaria y penal (Beltrán Pardo, 2016).

Por lo tanto, la comisión de éxito es una forma válida y efectiva de remuneración del contrato estatal, por lo cual no debe verse con malos ojos ni presumirse que un determinado porcentaje o monto es excesivo, sin haber analizado

³ Para ver casos relacionados:

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-15-3608305>;

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-15-192293>

⁴ Para ver casos relacionados:

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-15-1166173>

las condiciones del mercado; pues por el contrario resulta siendo una herramienta útil para la consecución de los fines estatales, siempre que cumpla con los requisitos legales y jurisprudenciales, y su valor o porcentaje se encuentra debidamente justificado.

Por otro lado, con relación a la gestión y cobro de tributos por parte de la administración, es de señalar que la Ley 1386 de 2010, por la cual “se prohíbe que las entidades territoriales deleguen, a cualquier título, la administración de los diferentes tributos a particulares y se dictan otras disposiciones”, no impide que las partes de la relación contractual puedan pactar la denominada comisión de éxito.

Vale la pena destacar en este punto que la norma prohíbe que se delegue la “administración de los diferentes tributos”, es decir, aquellas actividades que son sustanciales a dicha función, tales como la potestad de establecer la obligación tributaria, o las actividades en las cuales la administración ejerce el cobro coactivo propiamente dicho, como la expedición del mandamiento de pago, la solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc. Lo anterior no obsta para que sea posible pactar una comisión de éxito respecto de actividades como la instrumentación del proceso y proyección de documentos, esto es, aquellas funciones administrativas en las que inclusive el particular podrá contactar directamente al contribuyente para cobrarle las deudas tributarias, siempre y cuando la administración conserve la regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función.

De igual manera, a partir de una revisión integral del texto es posible concluir que frente a la comisión de éxito existe una limitación de tipo presupuestal, más que consensual. Para ello, se trae a colación la exposición de motivos de la Ley 1386 de 2010:

Lo anterior implica que la forma de remuneración se establece en la fuente, es decir que, de los mismos recaudos que efectúan estas empresas a los contribuyentes, descuentan los porcentajes convenidos con las entidades territoriales. **Esto está contrariando las disposiciones presupuestales que indican que todo gasto para ser ejecutado debe estar debidamente presupuestado, como claramente lo señala el artículo 15 del Estatuto Orgánico del Presupuesto [...]** Así mismo, al pactar esta forma de remuneración, se está contrariando el Estatuto Orgánico de Presupuesto (artículo 16 - unidad de caja) al permitir que el concesionario o contratista descuente directamente del recaudo de los impuestos su remuneración, pues **atenta contra el principio de unidad de caja que implica que todos los ingresos percibidos entran a financiar la totalidad de las apropiaciones, lo que**

conlleva a que debe entregarse a la administración territorial la totalidad del recaudo efectuado para que, posteriormente, se efectúen las apropiaciones aprobadas en el presupuesto de la entidad. [...] (Negrillas fuera de texto).

Como se desprende de lo anterior, la entidad estatal debe propender porque el pago de la comisión de éxito cuente con la correspondiente partida presupuestal y no se pague del valor recaudado, tal como ocurre en los procesos litigiosos a cuota Litis, y que los valores de los honorarios de éxito sean razonables, y encuentren sustento en parámetros de mercado y razonabilidad que sean beneficiosos para la administración.

De este modo, por regla general, la comisión de éxito puede pactarse en virtud de la autonomía de la voluntad privada. Sin embargo, cuando exista expresa prohibición legal, como en el caso de aquellas actividades inherentes a la administración de tributos, deberán respetarse el ordenamiento jurídico y los límites establecidos en la ley, con relación al pacto de dicha comisión.

Finalmente, al tratarse de aquellas situaciones en las que no exista prohibición respecto al pacto de la comisión de éxito, se requiere, además, establecer quién asume dicho pago, pues si es la entidad, entonces este rubro deberá estar previsto en su propio presupuesto; pero si no es ella, como sucede en la mayoría de casos con las estructuraciones de las Asociaciones Público Privadas, en las que el adjudicatario es quien debe cumplirle al estructurador del proyecto, no se requiere que esté incluido en su presupuesto, y podrá pactarse en el contrato celebrado con esta última, incorporando una cláusula en la que se sostenga que la comisión de éxito es responsabilidad del adjudicatario del proceso.

Conclusión

La clara incidencia del derecho privado en la contratación estatal ha permitido lograr una sinergia entre lo público y lo privado, y se le otorga flexibilidad a la relación entre el particular y el Estado. En desarrollo de lo anterior, se ha permitido el traslado de figuras jurídicas como, por ejemplo, que la remuneración dentro del contrato estatal sea determinado o determinable, acción que a su vez influyó en la posibilidad de pactar la comisión de éxito del contrato estatal, a través de un determinado monto o de un porcentaje equivalente a un valor específico.

Lo anterior debe ser visto desde la perspectiva de la idoneidad de la comisión de éxito, como una herramienta efectiva y eficaz para cumplir con los fines estatales; esta no ha de ser percibida de manera negativa ni tampoco se le

pueden imponer arbitrariamente porcentajes o cuantías máximas para su pacto, pues la determinación del valor de la comisión deberá evaluarse caso por caso y responder de manera clara a los precios del mercado.

Por último, es menester verificar en cada situación, que no existan restricciones legales que prohíban o regulen la comisión de éxito, o el pacto de servicios, y es tan solo un ejemplo de ellos la limitación existente con relación a la administración de tributos, caso en el cual es preciso abstenerse de pactar lo comisión de éxito, o ceñirse a los límites que imponga la ley.

De este modo, la posibilidad de trasladar fundamentos propios del derecho privado, a las relaciones entre el particular y el Estado, permite la consecución de los fines de este último, siempre y cuando se comprenda que concurren intereses superiores que buscan proteger el beneficio de la comunidad en general, y por tanto deberán en todo caso existir y cumplirse con los límites que la ley y la jurisprudencia han establecido para la protección del mismo.

Referencias

- Beltrán Pardo, J. H. (2012). *Memorias, Centro de Estudios Jurídicos, Gerencia Jurídica Pública: visión práctica de la reforma legal y la reglamentación del estatuto general de la contratación de la administración pública*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/177555592/Memorias-Estudios-Juridicos>
- Beltrán Pardo, J. H. (2016). *Guía para la contratación transparente en el Distrito de Bogotá*. Recuperado de <http://beltranpardo.com/>
- Contraloría General de la República. (2011). *Contratos de prestación de servicios – honorarios fijados por cuota Litis*. Recuperado de <http://docplayer.es/10476069-Ref-contratos-de-prestacion-de-servicios-honorarios-fijados-por-cuota-litis.html>
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2009). *Exposición de motivos Ley 1386 de 2010*. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=353&p_consec=23840
- Procuraduría General de la Nación. (s.f.). *Contrato Estatal-Comisión de éxito. Contrato de prestación de servicios/Comisión de éxito-Contrato estatal. Contratación estatal-Comisión de éxito-Estipulación. Principio de conmutatividad/Comisión de éxito-Equilibrio económico del contrato/Comisión de éxito-Reglas para su determinación. Reglas para su estipulación en contratos estatales*. Recuperado de https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1136_CE-Rad-35268.pdf

- Santofimio Gamboa, J. O. (2009). *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589/2228>
- Sentencia (2005, junio 23). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado N°. 12.846. Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar.
- Sentencia (2011, agosto 31). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado N°: 18.080. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia (2014, octubre 20). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado N°: 24.809. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Sentencia (2015, abril 29). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado N°: 33.447. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón.
- Sentencia (2015, mayo 6). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado N°: 35.268. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

El régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República, ¿derecho administrativo o derecho económico?

Carlos F. Forero Hernández*

A mi gran maestro, Dr. Hernando A. Hernández Quintero

Resumen: El objeto de este escrito es presentar a la comunidad académica la conveniencia de hablar de derecho económico, y no de derecho administrativo, cuando nos referimos al régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República; entendiéndolo por derecho económico el derecho de la intervención del Estado en la economía, o como el derecho mixto que lo permea, tanto el derecho público como el derecho privado. Este tema tiene un enfoque interdisciplinar que vincula el derecho y la economía.

Palabras claves: Banco de la República, derecho económico.

Introducción

El artículo 371 de la Carta Política (1991) dispuso que el Banco de la República sería una persona jurídica de derecho público, con autonomía: 1) administrativa, 2) patrimonial y 3) técnica, y con un régimen jurídico legal propio, cuyas principales funciones básicas se concretan en: a) regular: 1) la moneda, 2) los cambios internacionales y 3) el crédito; b) emitir la moneda legal; c) administrar las reservas internacionales; d) ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y e) servir como agente fiscal del Gobierno; funciones que deben ejercerse en “coordinación con la política económica general” (artículo 371 de la Constitución Política, 1991).

* Magíster en Derecho Administrativo –línea de profundización: Derecho Público Económico– de la Universidad Libre (Pereira). Asesor en Derecho Presupuestal y Contratación Estatal.

Con fundamento en la norma constitucional citada, el legislador emite la Ley 31 de 1992, reglamentada por el Decreto 2520 de 1993, “por el cual se expide los Estatutos del Banco de la República” (Gaviria, 1999, p. 70). En relación con el régimen jurídico de los actos administrativos y de los contratos del Banco de la República, se tratarán de actos administrativos sometidos al derecho administrativo cuando sean funciones públicas, y de actos y contratos privados, en el evento de relaciones jurídicas comerciales, civiles y laborales.

En la teoría general del acto administrativo se ha identificado que a estos se les deben aplicar instituciones propias de derecho administrativo (Rodríguez, 2000). No obstante, hay una corriente doctrinaria —y es la que compartimos—, la cual afirma que dichos actos no quedan excluidos en cuanto a su aplicación instituciones de derecho privado, tales como: 1) la teoría del acto jurídico, 2) de la personalidad jurídica, y 3) de la irretroactividad (Sánchez, 1995). Significa que a los actos administrativos se les deben aplicar instituciones de derecho público y de derecho privado.

Si a los actos administrativos del Banco de la República se les aplican instituciones de derecho privado y de derecho público entonces nos conduce a señalar que no es conveniente hablar de derecho administrativo, sino de derecho económico, cuando nos referimos al régimen jurídico de los actos administrativos del mencionado Banco, y de acuerdo con la doctrina, el derecho económico es el derecho mixto con relación al derecho privado y al derecho público (Barón, 2016); igualmente es definido como el derecho de la intervención del Estado en la economía (Ariño, 2003). Estas reflexiones son precisamente el objeto del presente artículo, veamos.

1. Derecho administrativo y derecho económico. Ubicación del tema

1.1. Definición doctrinal de la institución: derecho administrativo

Del derecho administrativo se han concedido tantas definiciones como autores se han ocupado del tema. Algunos señalan que el derecho administrativo es el derecho de la Administración pública (Ayala, 2009) o como el derecho de la función administrativa (Montaña, 2017).

El constitucionalista Younes Moreno (2016), lo define como: “La rama del derecho público concerniente a la Administración” (p. 3). En mismo sentido lo entiende el tratadista francés, Jean Rivero (2006). El profesor de la Universidad Libre Amado Abril (2017) lo define como una ciencia jurídica que se encarga de estudiar la institución Administración pública principalmente en sus tres componentes: 1) la función administrativa, 2) la función pública y 3) la gestión pública.

Entre otras nociones que no escapan de mencionar la institución se encuentran: Administración pública, como objeto de estudio del derecho administrativo (Fraga, 2000); se entiende por esta, de acuerdo con el tratadista mexicano Guerrero Orozco (1997), como “la actividad del Estado” (p. 24), esto es, referida a la función administrativa (criterio material) (Ayala, 1994).

De esta manera, la Administración pública involucra todas las funciones administrativas que ejercen los distintos órganos del Estado, sin importar a cuál rama del Poder Público pertenezcan, incluyendo las funciones administrativas ejercidas por particulares y autorizadas por la ley; funciones en las cuales se deben aplicar los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política (1991) como son: “Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (artículo 209 de la Constitución Política, 1991).

Dichas funciones administrativas se relacionan con la actividad administrativa (Montaña, 2017), la que conduce a la actuación administrativa (Ayala, 1994), y la cual se manifiesta a través de actos administrativos, operaciones administrativas, hechos administrativos, omisiones administrativas, como también a través de contratos (Rodríguez, 2000), actuaciones estas que están sometidas a la teoría del control judicial (Palacio, 2000).

No sobra mencionar que el conjunto de materias relacionadas con la organización del Estado y de la función administrativa debe estudiarse a la luz de la Ley 489 de 1998, estatuto de mayor importancia para el estudio del derecho administrativo (Vidal, 2004).

Una vez precisada la noción doctrinal sobre la institución derecho administrativo, pasemos ahora a hablar sobre los factores que dan lugar a la transformación de este en derecho económico, un nuevo paradigma de las ciencias sociales. Corresponde advertir que dicha transformación no implica el desaparecimiento de la teoría del control judicial.

Se han identificado dos fenómenos en los cuales consideramos que dan lugar a la transformación del derecho administrativo en derecho económico, a saber: 1) La ruptura de la ecuación derecho administrativo-Administración pública y 2) la huida del derecho administrativo hacia al derecho privado (pueden existir otros fenómenos adicionales).

De acuerdo con el primero, el tratadista argentino Juan Carlos Cassagne (1999) ha mencionado que la ruptura se presenta por “la injerencia progresiva del derecho administrativo contemporáneo sobre esferas de actuación reservadas anteriormente con exclusividad al derecho privado” (p. 107). Dicha ruptura surge debido a la evidente participación de personas jurídicas privadas

(y personas naturales) que efectúan funciones administrativas; también por la notoria participación de empresas privadas para la prestación de servicios públicos. Es de anotar, que al evidenciar que las empresas privadas cumplen funciones administrativas, no significa, como es obvio, que perderán su naturaleza de empresa privada; siguen siendo empresas de derecho privado.

De acuerdo con la segunda, es decir, de la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado, el profesor de la Universidad de Medellín Molina Betancur (2007) nos ha dado a entender que hay normatividades en las cuales se señalan que para determinadas áreas relacionadas con la Administración pública, no es posible aplicar de manera exclusiva normas de derecho público, pues también corresponde observar con mayor rigor normas de derecho privado, como es el caso, por ejemplo, del régimen jurídico de la contratación estatal previsto en la Ley 80 de 1993, disposición esta que está fuertemente impregnada del derecho privado.

Al concebir por contratos estatales aquellos negocios jurídicos celebrados por el Estado, este último se convierte en competidor, al igual que los particulares, y se comporta como ellos; el Estado actúa como Estado empresario. Acá tenemos otro ejemplo de la huida del derecho administrativo hacia al derecho privado en la medida en que el Estado participa de manera significativa en las relaciones privadas.

El abogado y máster en Derecho Económico Barón Barrera (2016), al realizar un profundo estudio sobre la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado desde el neoliberalismo como en el intervencionismo, concluyó que dicho fenómeno está ligado al modelo de desarrollo, pues en el neoliberalismo el derecho administrativo huye al derecho privado, pero, sin abandonar el primero sino, que se aplica con mayor rigor el segundo, en tanto que en el intervencionismo por parte del Estado, se aplica con mayor intensidad el derecho administrativo, pero, sin abandonar el derecho privado. Esto lo resume Barón (2016): “Tanto en neoliberalismo como en el intervencionismo de estado se aplica el derecho público y privado, cuya sumatoria es el derecho económico” (p. 33).

Del acto administrativo también ha sido objeto de estudio de este fenómeno. El profesor de la Universidad Sergio Arboleda (Santa Marta) Berrocal Guerrero (2016) ha señalado que es posible analizar la incidencia o los efectos de dicha huida sobre el acto administrativo, explicando que las tendencias privatizadoras del derecho han significado pérdida de espacio para los actos administrativos, a la par que lo ha ido perdiendo también el derecho adminis-

trativo, en cuanto que, “muchas relaciones, que antes eran legales y reglamentarias, entre ellas las que se dan en el campo laboral, están pasando a ser de derecho privado” (p. 17).

El mencionado autor señala otro ejemplo de los efectos de este fenómeno sobre los actos administrativos, el de los actos unilaterales de entes estatales que vienen siendo sustituidos por los actos privados de quienes pasan a reemplazar a esos entes en la función administrativa, verbigracia, los servicios públicos domiciliarios; obviamente que dichos actos unilaterales deben observar los principios de la función administrativa, principios propios de derecho público.

Las anotaciones precedentes nos permiten afirmar que el derecho económico, como un nuevo paradigma de las ciencias sociales, surge a partir de la influencia recíproca entre normas de derecho público y normas de derecho privado.

Pasemos ahora a tratar los temas sobre a) la noción doctrinal, b) el carácter autónomo y c) las fuentes de la institución derecho económico.

1.2. Definición doctrinal de la institución: derecho económico

Varias han sido las definiciones que la doctrina ha desarrollado referentes al derecho económico. Algunos lo han determinado como el derecho de la intervención del Estado en la economía (Ariño, 2003), o como el derecho mixto con relación al derecho público y al derecho privado (Barón, 2016).

El argentino Farina (1999) ofrece una definición que a nuestro juicio es más precisa, puesto que lo entiende como

El conjunto de normas que rigen la organización de la economía por los poderes públicos y regulan las actividades económicas de las personas privadas y del Estado, a fin de dar cumplimiento a la política económica puesta en práctica por el Estado. (p. 46)

La definición proporcionada por Farina (1999) guarda estrecha relación con la institución: Intervención del Estado en la economía, la cual forma parte del campo de estudio de la política económica. Esta teoría hace parte del derecho económico (Vidal, 2004) y es uno de los temas transcendentales de la Constitución económica (Sánchez, 2007). Según el ex gerente del Banco de la República seccional Ibagué, Hernández Quintero (1991), la intervención del Estado en la economía es “el conjunto de normas con las cuales se pretende regular y delimitar la autonomía de los particulares a fin de garantizar el logro de los intereses de la comunidad, esto es, el bien común” (p. 21).

En el mismo sentido lo define el profesor español Ariño Ortiz (2003), al señalar que: “El derecho económico en su aceptación más extendida reuniría las normas e instrumentos jurídicos a través de los cuales el Estado dirige la actividad económica; fundamentalmente la Constitución económica, y, como consecuencia, el derecho administrativo económico” (p. 67).

En este orden, el hacendista Ortega Cárdenas (2014) ha explicado que la intervención del Estado en la economía se justifica para alcanzar la equidad en la distribución y la riqueza nacional, cuando los mercados no pueden por sí solos alcanzar sus objetivos. Barón (2016) expone que las herramientas que sirven para intervenir en la economía son: a) la política económica y b) la planeación económica. La primera alude a las decisiones económicas para hacerle frente a la inflación y al desempleo; y, la segunda, se refiere a la forma deliberada que el Estado tiene para influir en las actividades económicas, de una manera eficiente, y obviamente con el mínimo de costo social.

De las consideraciones precedentes encontramos una evidente diferencia entre derecho administrativo y derecho económico; el primero comprende la regulación de la función administrativa de los órganos del Estado, e incluye aquellas funciones administrativas ejercidas por particulares autorizados por la ley, en tanto que el segundo contempla el estudio de la teoría de la intervención del Estado en la economía a través de la regulación (política económica).

Para finalizar este aparte, sobra mencionar que no debemos confundir el derecho económico con el derecho comercial. Este último es un Derecho Privado, pues, recordemos que “el Derecho Comercial y el Derecho Civil tienen un mismo tronco o causa común: el derecho privado” (Linares, 2001, p. 29); mientras que el primero, se repite, es un derecho híbrido con relación al derecho público y al derecho privado. Ambos son dinámicos, evolucionan aceleradamente, por su naturaleza y condiciones de las actividades económicas de los particulares y del Estado.

1.2.1. El carácter autónomo del derecho económico

La autonomía del derecho económico ha sido objeto de discusiones en la doctrina; algunos aceptan su carácter autónomo, otros no. Nosotros compartimos el criterio de Barón (2016), quien acepta su carácter autónomo.

Barón (2016) señala que el derecho económico efectúa “una influencia recíproca entre derecho público y privado, convirtiéndose de esta manera en una rama autónoma del derecho, autónoma porque al aplicar las dos ramas del derecho corrige las inexactitudes que se presentan al aplicar una rama por separado” (p. 42).

Compartimos el criterio que ofrece Barón porque si observamos, por ejemplo, el derecho de los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994), en materia contractual su régimen jurídico es prevalentemente el derecho privado (normas civiles y comerciales), pero no excluye la aplicación de normas y principios de derecho público (Atehortúa, 2017), aplicación híbrida de normas tanto de derecho privado como las de derecho público, que confiere al derecho económico su autonomía; de esa manera, se vale de dicho carácter para hacer uso de la pluralidad de principios que determinan su propia naturaleza económica.

1.2.2. Fuentes del derecho económico

Las fuentes del derecho económico son las mismas que rigen las demás áreas del derecho, como la Constitución Política, la ley, los decretos, los principios, la jurisprudencia (precedente judicial), la doctrina.

La Constitución es, sin duda, la principal fuente del ordenamiento jurídico. Las normas inferiores a ella deben estar sometidas por principios constitucionales. De lo anterior surge el fenómeno difundido por la doctrina, denominado la constitucionalización del derecho (Montaña, 2017).

Barón (2016) afirma que la fuente principal del derecho económico es el acto administrativo. Sin embargo, creemos que también lo es el contrato estatal, el celebrado por el Estado y, que, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, es Ley para las partes.

Es importante mencionar de nuevo que en los contratos estatales se deben aplicar normas de derecho público y de derecho privado, aplicación mixta que equivale a derecho económico; de ahí la importancia que cobra la teoría económica en los mencionados negocios; teniendo en cuenta, además, que “el contrato es la fuente más importante de las obligaciones y es el único medio para el desarrollo de las actividades económicas del Estado” (Forero, 2017, p. 44).

2. Del Banco de la República. Aspectos generales

2.1. Las principales características del Banco de la República a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991

Una de las responsabilidades más importantes que tiene el Banco de la República es la estabilidad de la moneda, pues, tal como lo explica el profesor de la Universidad Libre, Marín Vélez (2016), por expreso mandato del Constituyente de 1991, el mencionado Banco asume la responsabilidad de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda; es decir, controlar la inflación, como objetivo principal de la política monetaria.

La inflación, de acuerdo con el tratadista en derecho monetario Chacón Álvarez (2005), es “el constante aumento de los precios de una economía” (p. 50), es decir, hay inflación cuando los precios de los bienes y servicios aumentan constantemente.

En relación con lo anterior, es importante seguir las enseñanzas del profesor Hernández (2011), quien señala que la falsificación de moneda implica también inflación, pues, afecta su poder adquisitivo; y, en consecuencia, el Banco de la República puede constituirse como parte civil —víctima— en los procesos penales que se adelantan por falsificación de moneda (Hernández, 2015).

Podemos resumir las principales características del Banco de la República a partir de la Constitución de 1991 de la siguiente manera:

En la Asamblea Nacional Constituyente se presentaron dieciocho proyectos relacionados con la teoría de la Banca Central, aquellos que estudiados, compendiados, modificados dieron origen a los artículos 371, 372 y 373; normas constitucionales que elevaron al Banco de la República a la categoría de órgano estatal constitucional autónomo (Chacón, 2005). Es de anotar que la historia del Banco de la República se inicia con la Ley 25 de 1923, y adopta las recomendaciones de la Misión Kemmerer (Álvarez, 2012).

El artículo 371 constitucional indica que el Banco de la República estará organizado como: 1) persona jurídica de derecho público; 2) con autonomía administrativa; 3) con autonomía patrimonial; 4) con autonomía técnica; 5) sujeto a un régimen legal propio. Se señalan funciones básicas como: a) regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, b) la emisión de la moneda legal, c) la administración de las reservas internacionales, d) ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito y f) servir como agente fiscal del Gobierno; funciones que son ejercidas, por mandato del Constituyente, en “coordinación con la política económica general” (artículo 371 de la Constitución Política, 1991).

En relación con la expresión “coordinación con la política económica general”, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 31 de 1992, las funciones arriba mencionadas se ejercerán en coordinación prevista en el programa macroeconómico aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), “siempre que esta no comprometa la responsabilidad constitucional del Estado, por intermedio del Banco de la República, de velar el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda” (Gaviria, 1999, p. 47).

El artículo 372 constitucional alude a la Junta Directiva del Banco de la República, que reemplazó a la anterior Junta Monetaria; posee la categoría de

autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, y le asigna la competencia para la dirección y ejecución de las funciones del Banco de la República.

La norma en cita establece la conformación de la Junta Directiva, que estará compuesta como órgano colegiado de siete miembros: El ministro de Hacienda y Crédito Público (quien la preside), el gerente general del Banco y cinco miembros de dedicación exclusiva; estos últimos son nombrados por el presidente de la República, mientras que el gerente lo es por los restantes miembros de la Junta. Se les asigna como característica especial la de representar “exclusivamente el interés general de la Nación” (artículo 372 de la Constitución Política, 1991).

Del alcance y contenido de la expresión: “Los miembros de la Junta Directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación” (artículo 372 de la Constitución Política, 1991) consiste, de acuerdo con Chacón (2005), en que “las decisiones que adopte la Junta Directiva, como autoridad del Estado y en forma colegiada, deben corresponder al estimativo que hace sus miembros como las más oportunas y requeridas para el país” (p. 241).

El Congreso de la República, en virtud del numeral 22 del artículo 150 de la Constitución Política, dictará la ley a la cual deberá ceñirse al Banco para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los Estatutos del Banco.

El legislador por orden del constituyente expidió la Ley 31 de 1992:

Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones. (Gaviria, 1999, p. 47)

El 14 de diciembre de 1993 el presidente de la República en ejercicio de las facultades señaladas en el artículo 372, con sujeción a las normas de la Ley 31 de 1992, emitió el Decreto 2520, “Por el cual se expide los Estatutos del Banco de la República” (Gaviria, 1999, p. 70). Este ha sufrido modificaciones por los Decretos 2867 de 2001 y 1458 de 2004.

2.2. El Banco de la República como persona jurídica de derecho público

Dijimos que el Banco de la República es una persona jurídica de derecho público. De acuerdo con Chacón (2005), el Banco Central como persona jurídica goza de los atributos propios de la personalidad como son: a) nombre, b) do-

micilio, c) capacidad, d) patrimonio y e) nacionalidad. Es pertinente explicar dos de dichos atributos: La capacidad y el patrimonio.

El Banco de la República goza de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones dentro del ámbito de sus funciones. Chacón (2005), explica que, al poseer capacidad jurídica, el Banco puede suscribir contratos, expedir actos administrativos, actuar como demandante, ser demandado en procesos judiciales, en fin.

En cuanto al patrimonio, de acuerdo con el artículo 371 constitucional, el Banco Central cuenta con autonomía patrimonial, es decir, su patrimonio es propio y no depende del Presupuesto General de la Nación; sus ingresos y egresos están previstos en el Presupuesto que anualmente aprueba la Junta Directiva (Chacón, 2005).

2.3. De las funciones básicas de regulación monetaria, cambiaria y crediticia

Habíamos mencionado que, de acuerdo con el artículo 371 constitucional, en coordinación con la política económica general, el Banco de la República, a través de la Junta Directiva, ejerce funciones básicas, entre otras: regular: a) la moneda, b) los cambios internacionales y c) el crédito. Es necesario explicar estas funciones, que se manifiestan a través de actos administrativos, como modalidades de intervención del Estado en la economía (Rivero, 2001).

La función monetaria tiene por finalidad el control de la cantidad de dinero en circulación (Martínez, 2004). A través de su utilización se disminuye o se aumenta tal cantidad según las necesidades, o el comportamiento, de la economía (Gaviria, 1999). De la facultad monetaria encontramos: 1) el encaje, 2) operaciones de mercado abierto (OMA), 3) señalar límites de crecimiento de la cartera de crédito, y 4) dar concepto previo favorable para amortizar excedentes transitorios de divisas provenientes de exportaciones de bienes por empresas públicas (Chacón, 2005).

La función o facultad cambiaria tiene como finalidad la regulación de las divisas o monedas extranjeras en Colombia, y la salida física de moneda nacional del territorio colombiano (Martínez, 2004). Forma parte también la regulación de tasa de cambio o relación entre el peso en relación con el dólar americano: “Por estar el país dentro de la zona de influencia americana en razón de que su comercio exterior, las inversiones extranjeras y las deudas externas pública y privada están establecidas en la moneda americana” (Chacón, 2005, p. 356).

La función crediticia tiene que ver con el costo del dinero (Hernández, 2004) y hace referencia a las tasas de interés (Martínez, 2004). Es importante tener en cuenta que la Junta Directiva, en *situaciones muy excepcionales*, como cuando la economía se derrumbara (Chacón, 2005), puede regular de manera impositiva las tasas máximas de intereses remuneratorios en operaciones activas y pasivas y de las tasas máximas de intereses en operaciones en moneda extranjera, según lo prevé el literal e) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992 (Gaviria, 1999).

Es de mencionar que el Banco de la República no es la única autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, toda vez que algunas de dichas funciones son ejercidas también por el Congreso de la República y por el Gobierno (Martínez, 2004).

Señalábamos que las citadas facultades del Banco Central se manifiestan a través de actos administrativos; entonces, enseguida se abordará el régimen jurídico de los actos administrativos del mencionado Banco para concluir que no es conveniente hablar que dicho régimen es de derecho administrativo, sino de derecho económico.

3. El régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República, ¿derecho administrativo o derecho económico?

Es muy común afirmar que el régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República es de derecho administrativo. Nosotros afirmamos que es más de derecho económico y este, a su vez, es el derecho mixto que lo permea tanto el derecho público como el derecho privado, o como el derecho de la intervención del Estado en la economía.

En esta oportunidad exponemos la relación del régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República con las nociones de la institución derecho económico como 1) el derecho mixto con relación al derecho privado y al derecho público y como 2) el derecho de la intervención del Estado en la economía, para ultimar que no es conveniente hablar de derecho administrativo cuando nos referimos al régimen jurídico de los actos del citado Banco, sino propia y apropiadamente de derecho económico.

3.1. Desde la noción del derecho económico como el derecho mixto que lo permea tanto el derecho público como el derecho privado

De acuerdo con la Ley 31 de 1992, desde el régimen jurídico de los actos administrativos y de los contratos del Banco de la República se tratarán de actos

administrativos sometidos al derecho administrativo cuando sean funciones públicas; y de actos y contratos privados, en el evento de relaciones jurídicas comerciales, civiles y laborales. Pues, el artículo 3º de la Ley 31 establece que, como consecuencia del régimen legal propio del Banco, las operaciones mercantiles y civiles, y en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se registrarán por las normas de derecho privado.

Los actos administrativos expedidos por la Junta Directiva del Banco pueden clasificarse como actos administrativos particulares y generales. Dichos actos deberán ser firmados por el presidente y el secretario de la Junta y se comunicarán y notificarán de acuerdo con la naturaleza de la decisión que contengan (Marín, 2016). Los demás actos y contratos, se reitera, se registrarán por las normas de derecho privado.

Las decisiones que emita la Junta Directiva en calidad de máxima autoridad monetaria, cambiaria o crediticia, son actos administrativos de carácter general e impersonal que reciben la denominación de Resoluciones externas. Las decisiones que se adoptan en relación con las dependencias internas del Banco de la República se denominan como Resoluciones Internas.

Los actos administrativos de carácter general deberán publicarse en el Boletín que la Junta Directiva autorice para este objeto; así lo prevé el literal a) del artículo 51 de la Ley 31 de 1992 (Gaviria, 1999). Actos administrativos sometidos al control judicial del Consejo de Estado, a través de los medios de control (Palacio, 2000). Sobra anotar que una de las diferencias que podemos encontrar en las nulidades del derecho privado y las del derecho público es la antinomia entre la autonomía de la voluntad y el interés general (Saborío, 2002).

Cuando los actos administrativos sean de contenido particular, es decir, cuyo contenido tiene un destinatario individualizado (o destinatarios individualizados), estos serán motivados; es de ejecución inmediata; deben estar notificados según las reglas señaladas en la Ley 1437 de 2011; susceptibles de recursos de la vía administrativa (o vía gubernativa, si prefiere), recursos que se concederán en efecto devolutivo.

Respecto de la publicación, cuando el acto administrativo es general, y de la notificación, cuando el acto es particular, la doctrina ha explicado que la eficacia del acto administrativo suele sustentarse tanto en la publicación y como en la notificación, pues de esta manera puede producir la totalidad de las consecuencias jurídicas para las cuales fue producido (Rico, 2013).

Hasta aquí es fácil afirmar que el régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República es de derecho administrativo, pero es im-

portante tener en cuenta que dichos actos jurídicos no se escapan en cuanto a su aplicación instituciones de derecho privado, como son: a) la teoría del acto jurídico, b) de la personalidad jurídica y c) de la irretroactividad; de ahí que la aplicación híbrida de normas de derecho público y de derecho privado en el citado régimen jurídico nos conduce a señalar que no es conveniente hablar de derecho administrativo, sino de derecho económico.

De la teoría del acto jurídico. Al revisar varios libros sobre la materia se ha identificado que el acto administrativo tradicionalmente se ha asociado a la noción del acto jurídico (Penagos, 1992), es decir, al de la manifestación de voluntad (Sánchez, 1995); al comprender por acto jurídico, según el profesor de la Universidad Libre, Cardona Hernández (2001), como “toda declaración de voluntad libre, consciente y reflexiva encaminada a producir efectos en derecho” (p. 11). No hay que confundir el acto jurídico con el hecho jurídico; donde hay voluntad hay un acto, y donde no hay voluntad hay un hecho.

De la teoría de la manifestación de voluntad facilitó a la doctrina del derecho público para la elaboración de la noción del acto administrativo, como “manifestación unilateral de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos” (Santofimio, 1998, p. 129). Noción bastante compartida por la doctrina especializada.

Es por ello que la doctrina ha incluido la voluntad administrativa dentro de los elementos *esenciales* del acto administrativo (Rico, 2014). El Consejo de Estado, en su reiterada Jurisprudencia, también ha señalado que la voluntad administrativa es otro elemento esencial del acto administrativo, es la existencia de una voluntad estatal válida, exteriorizada en una declaración expresada en forma legal (Younes, 2016).

Importante es tener en cuenta que la validez del acto administrativo, de acuerdo con el tratadista argentino Agustín Gordillo (2011), predica también en la ausencia de vicios de la voluntad, es decir, ausencia de error, fuerza y dolo, y son figuras propias de derecho privado (Sánchez, 1995).

De la teoría de la personalidad jurídica. En el derecho civil, de acuerdo con el artículo 633 del Código Civil, la persona jurídica es aquella persona ficticia con capacidad jurídica para “ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (Castro, Tafur & Contreras, 1994, p. 531).

En el derecho administrativo el Estado es una persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones (Rodríguez, 2000). De la personalidad jurídica del Estado, el profesor de la Universidad Externado de Colombia,

Santofimio Gamboa (1998), ha explicado que “En la práctica, todo el sector central de la administración nacional actúa por ser órgano de la persona jurídica nación (Estado). El sector descentralizado posee cada uno de sus organismos personería jurídica propia” (p. 42).

En relación con el Banco de la República, dijimos que el citado Banco es una persona jurídica de derecho público, órgano que goza de los atributos propios de la personalidad como: nombre, domicilio, capacidad, patrimonio y nacionalidad. Uno de los importantes atributos es la plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones dentro del ámbito de sus funciones; el Banco Central puede suscribir contratos, expedir actos administrativos, actuar como demandante, y ser demandado en procesos judiciales, en fin.

De la teoría de la irretroactividad de los actos administrativos. De acuerdo con el costarricense Saborío Valverde (2002), debemos observar la regla según la cual el acto administrativo producirá efecto únicamente para el futuro. No menos importante es mencionar que en aplicación de la citada teoría se debe respetar los derechos adquiridos, pues estos no podrán ser modificados por un acto administrativo posterior a su materialización (Penagos, 1992).

Igualmente, encontramos otras figuras propias de derecho privado las cuales permiten purgar los vicios del acto administrativo, como son: 1) la convalidación (cuando el acto que se expide resulta violatoria y que con posterioridad aquella es modificada o derogada), 2) la conversión (consiste en la transformación del acto viciado en un acto nuevo y distinto, que aprovecha elementos válidos del primer acto y las incorpora en el nuevo acto) y 3) la conservación (opera cuando la contradicción con el orden jurídico es parcial o cuando el vicio no sea trascendente) (Rico, 2014).

Las consideraciones precedentes nos permiten afirmar que el régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República es de derecho económico toda vez que se aplican instituciones de derecho público y de derecho privado.

3.2. Desde la noción del derecho económico como el derecho de la intervención del Estado en la economía

Encontramos otros factores los cuales nos permiten afirmar que el régimen jurídico de los actos administrativos del citado Banco es más de derecho económico que de derecho administrativo: 1) Por ser el Banco de la República uno de los partícipes de la intervención del Estado en la economía y 2) por la influencia política y económica contenida en las decisiones tomadas por el

citado Banco; estos dos factores conservan estrecha relación con una de las definiciones de derecho económico citadas en este trabajo, que es el derecho de la intervención del Estado en la economía.

Cuando el Banco de la República, a través de la Junta Directiva, regule materias monetaria, cambiaria y crediticia, se repiten, a través de actos administrativos (Resoluciones externas), dichas regulaciones; de acuerdo con el tratadista español Rivero Ortega (2001), son por excelencia modalidades de intervención del Estado en la economía, y forman parte del campo de estudio del derecho económico (Vidal, 2004).

De lo anterior, surge la importancia que cobra el estudio de la teoría económica en los actos administrativos de regulación económica que contribuyen en el desarrollo económico de un país; actos jurídicos los cuales son factibles de ser analizados a través de la metodología *Análisis Económico del Derecho* (AED), que también hace parte del derecho económico (Barón, 2016); metodología que consiste en la aplicación de la teoría económica en las instituciones jurídicas (Arrubla, 2009).

En este orden de ideas, el mencionado Banco se convierte en uno de los protagonistas importantes de la intervención en la economía. Sobra mencionar que la regulación económica está definida, siempre, para dar respuesta a los problemas y necesidades de los agentes económicos, y por tal razón toda regulación tiene unos objetivos concretos (criterio finalista).

Por el otro lado, cuando el Banco de la República, a través de la Junta Directiva, al expedir actos administrativos sus contenidos, además de ser la concreción de la función administrativa (Sánchez, 1995), tienen influencia de carácter político y económico; el primero porque emana del ejercicio de poder, pues, el citado Banco está facultado para regular materias monetaria, cambiaria y crediticia sin necesidad de un previo concepto o autorización de los demás órganos; es por ello que el Constituyente de 1991, gústenos o no, fue estricto en señalar que el citado Banco será autónomo.

Y económico, pues, sus decisiones están relacionadas, sin duda, con la economía, están conectadas con la estabilidad de la moneda, contribuyen en el desarrollo económico de un país. Además, implican, o contienen, consecuencias en el curso de la economía (Álvarez, 2012).

Las decisiones económicas tomadas por el Banco de la República siempre están relacionadas con el tema de la estabilidad de la economía, situación que consiste, de acuerdo con el profesor Ortega (2014), “en evitar cambios bruscos en ciertas variables y tiene como sus principales propósitos los controles al desempleo, la recesión y la inflación” (p. 73).

La estabilidad económica es una de las tantas razones de la intervención estatal en la economía, en búsqueda del bienestar de la colectividad ante la presencia de los problemas del mercado (Hernández, 1991). Por eso se dice que la intervención del Estado en la economía está orientada al logro de la estabilidad económica.

Tenemos, entonces, que el derecho económico no solamente es el derecho mixto con relación al derecho público y al derecho privado, sino también es el derecho de la intervención del Estado en la economía. Lo anterior nos permite afirmar, y está demostrado, que el régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República es de derecho económico.

Conclusiones

- El derecho económico es definido como el derecho híbrido con relación al derecho público y al derecho privado; también es definido como el derecho de la intervención del Estado en la economía. En tanto que el derecho administrativo es el derecho de la Administración pública o de la función administrativa.
- El Banco de la República es una persona jurídica de derecho público, que cuenta con autonomía: 1) administrativa, 2) patrimonial y 3) técnica; ejerce funciones, a través de la Junta Directiva, en coordinación de la política económica general, entre otras: regular materias: a) monetaria, b) cambiaria y c) crediticia, facultades que se manifiestan a través de actos administrativos, actos jurídicos en los cuales se le deben aplicar instituciones de derecho público y de derecho privado.
- Se concluye sin rodeos, y está comprobado, que el régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República es de derecho económico por la aplicación híbrida de instituciones de derecho público y de derecho privado en los actos administrativos.
- Es también derecho económico el citado régimen jurídico por cuanto las regulaciones en materias: monetaria, cambiaria y crediticia, que se manifiestan a través de actos administrativos (Resoluciones externas), son por excelencia modalidades de intervención del Estado en la economía en búsqueda del bienestar de la colectividad ante la presencia de los problemas del mercado.

Referencias

- Álvarez Didyme-dôme, M. J. (2012). *Contratos mercantiles (1ª Ed.)*. Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.
- Amado Abril, J. H. (2017). Del Derecho Administrativo Global [notas de clase]. Maestría en Derecho Administrativo. Pereira, Colombia: Universidad Libre.
- Arrubla Paucar, J. A. (2009). *Contratos mercantiles contemporáneos (2ª Ed.)*. Medellín, Colombia: Ediciones Biblioteca Jurídica DIKÉ.
- Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2017). Teoría económica en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios [notas de clase]. Maestría en Derecho Administrativo. Pereira, Colombia: Universidad Libre.
- Ayala Caldas, J. E. (1994). *Elementos del Derecho Administrativo colombiano (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ayala Caldas, J. E. (2009). *Estructura de la rama ejecutiva en Colombia (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Barón Barrera, G. A. (2016). *Transformación del derecho administrativo en derecho económico (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Berrocal Guerrero, L. E. (2016). *Manual del acto administrativo (7ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional Ltda.
- Cardona Hernández, G. (2001). *Curso de obligaciones (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Cassagne, J. C. (1999). *Derecho Administrativo Tomo I (7ª Ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Lexis Nexis.
- Castro Guerrero, A., Tafur González, Á. y Contreras Restrepo, G. (1994). *Código Civil. Comentado (4ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Chacón Álvarez, N. R. (2005). *Derecho monetario (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Farina, J. M. (1999). *Contratos comerciales modernos (2ª Ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Forero Hernández, C. F. (2017). Los riesgos y la ecuación económica del contrato estatal. En *Temas y reflexiones No. 5* (pp. 43-57). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.
- Fraga, G. (2000). *Derecho Administrativo. Revisada y actualizada por Manuel Fraga (4ª Ed.)*. Polanco, México: Ediciones Editorial Porrúa.
- Gaviria Cadavid, F. (1999). *Moneda, Banca y Teoría Monetaria (5ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

- Gordillo, A. (2011). *El acto administrativo (10ª Ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Fundación Derecho Administrativo.
- Guerrero Orozco, O. (1997). *Principios de la Administración Pública (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Escuela Superior de Administración Pública, ESAP.
- Hernández Quintero, H. A. (1991). *De los delitos económicos en la actividad financiera (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Hernández Quintero, H. A. (2004). *Del delito de usura. Monografía (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. A. (2011). Falsificación de moneda. En *Derecho Penal. Parte especial* (pp. 907-930). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Quintero, H. A. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera (7ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial Ibáñez.
- Linares Vesga, J. Á. (2001). *Curso de Derecho Comercial. Actualizado (1ª Ed.)* Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Marín Vélez, M. (2016). *Temas fundamentales del Derecho Administrativo colombiano (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez-Universidad Libre.
- Martínez Neira, N. H. (2004). *Cátedra de Derecho Bancario colombiano (2ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial Legis.
- Molina Betancur, C. M. (2007). La contratación estatal: Entre derecho público y privado. En *Los Contratos en el Derecho Privado (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis, 721-750.
- Montaña Plata, E. A. (2017). Fundamentos de Derecho Administrativo [notas de clase]. Especialización en Derecho Administrativo. Ibagué, Colombia: Universidad de Ibagué.
- Ortega Cárdenas, A. (2014). *Hacienda Pública. Las finanzas del Estado (5ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.
- Palacio Hincapié, J. Á. (2000). *Derecho Procesal Administrativo (2ª Ed.)*. Medellín, Colombia: Ediciones Librería Jurídica Sánchez Ltda.
- Penagos Vargas, G. (1992). *El acto administrativo (5ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Rico Puerta, L. A. (2013). *El acto administrativo (1ª Ed.)*. Medellín Colombia: Ediciones Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Rivero Ortega, R. (2001). *Introducción al derecho administrativo económico (2ª Ed.)*. Salamanca, España: Ediciones Ratio Legis.

- Rivero, J. (2006). *Derecho Administrativo (9ª Ed.)*. Traducido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. París, Francia: Ediciones Dalloz.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2000). *Derecho Administrativo. General y colombiano (12ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Saborío Valverde, R. (2002). *Eficacia e invalidez del acto administrativo (3ª Ed.)*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Sánchez Torres, C. A. (1995). *Teoría general del Acto administrativo (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Biblioteca Jurídica Diké.
- Sánchez Torres, C. A. (2007). *Constitución Económica (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla - Universidad Sergio Arboleda.
- Santofimio Gamboa, J. O. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomos I y II (3ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Vidal Perdomo, J. (2004). *Derecho Administrativo (12ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis-Universidad del Rosario.
- Younes Moreno, D. (2016). *Curso de Derecho Administrativo (10ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Bibliografía recomendada

- Barón Barrera, G. A. (2016). *Transformación del derecho administrativo en derecho económico (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Chacón Álvarez, N. R. (2005). *Derecho monetario (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Sánchez Torres, C. A. (1995). *Teoría general del Acto administrativo (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Biblioteca Jurídica Diké.

Aproximaciones legales y jurisprudenciales a la prueba de oficio, en el procedimiento penal adversarial con tendencia acusatoria en el ordenamiento colombiano

Jimmy Patiño García*
Gabriel Alberto Ospina Herrera**
Isabel Indira Molina Ariza***

Resumen. El presente documento tiene como propósito efectuar una aproximación, desde el punto de vista jurisprudencial y legal, del desarrollo que ha tenido la prueba oficiosa en el sistema penal adversarial de tendencia acusatoria, implementado en Colombia con la Ley 906 de 2004, a fin de establecer la tensión existente entre los principios de imparcialidad, igualdad de armas y legalidad, frente al principio de justicia material y en el contexto del rol del juez en el proceso.

En efecto, esta es una de las discusiones que enfrentan quienes administran justicia y quienes acuden a ella para resolver los conflictos sociales, en la que se evidencia que la construcción de un sistema acusatorio es un proceso inacabado y en constante evolución. Para ello se hace necesario abordar no solo un concepto meramente legalista, sino que se requiere recabar en la filosofía misma del sistema penal acusatorio y las realidades en que este se aplica, para cumplir los cometidos sociales para los cuales fue creado.

Palabras claves: Prueba, oficio, adversarial, acusatorio, imparcialidad, legalidad.

Introducción

* Abogado, especialista en Derecho Penal de la Universidad de Ibagué.

** Abogado, especialista en Derecho Penal de la Universidad de Ibagué.

*** Abogada, especialista en Derecho Penal de la Universidad de Ibagué.

El Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política colombiana, dio vida a un nuevo modelo de enjuiciamiento de corte acusatorio desarrollado en la Ley 906 de 2004. En dicho procedimiento, se le prohibió de manera expresa al juez de conocimiento, decretar pruebas de oficio (art. 361 del Código de Procedimiento Penal CPP).

Este ensayo busca exponer las razones por las cuales la prohibición mencionada pone en tensión los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de armas, frente al principio de justicia material, en la medida en que le impone al juez de conocimiento del proceso penal, la asunción de un rol pasivo y, en esas circunstancias, pueden verse sacrificados otros principios que hacen parte de la estructura dogmática de la Constitución Política, como el de justicia material.

Para ello, desarrollaremos los aspectos doctrinales, legales y jurisprudenciales, que sobre este aspecto han sido identificados, a fin de establecer cómo se ha resuelto la tensión de principios y valores de este sistema procesal y, particularmente, el abordaje que han efectuado frente a este tema la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

1. La prueba de oficio en el Sistema Penal Acusatorio. Aproximaciones conceptuales

1.1. ¿Qué es la prueba?

La prueba es el instrumento o herramienta por medio de la cual se logra el conocimiento de unos hechos con trascendencia jurídica, que luego de ser confrontados con las normas del caso, se logra el convencimiento al juez para el proferimiento de una decisión de fondo, con el fin de reconocer o no un derecho, imponer una sanción o una pena, o absolver al acusado, enjuiciado o procesado.

En el sistema penal acusatorio se han delimitado diferencias entre el debido proceso general y el debido proceso probatorio. El primero se refiere a la garantía constitucional, que de acuerdo con González Navarro (2011):

...se relaciona con la sucesión compuesta, escalonada y consecutiva de los actos regulados en la ley procesal, cuyo objeto, en materia penal, es la verificación de la conducta punible y la consecuente responsabilidad del imputado, orientados dichos actos a obtener una decisión válida y con fuerza de cosa juzgada acerca de los mismos temas, de suerte que transgredir el proceso como es debido, significa ni más ni menos, que pretermitir un acto procesal expresamente señalado en la ley como requisito sine qua non para la eficacia del subsiguiente ... (p. 14)

Por su parte, el debido proceso probatorio, de acuerdo con González Navarro (2011) “...atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba” (p. 15). De la misma manera “...debe sujetarse a principios basilares, como son la legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración, so pena de desnaturalizar el respectivo acto probatorio...” (p.15).

En efecto, el debido proceso probatorio es, de manera específica, el ámbito del derecho procesal que articula los procedimientos y ritualidades que reglan los procedimientos para la aducción de la prueba, con los principios constitucionales y legales que sustentan el sistema penal acusatorio.

1.2. ¿Qué es la prueba de oficio? Desarrollo legal en Colombia

La prueba de oficio apunta, de manera genérica, a la facultad que tiene el juez para decretar y practicar pruebas en el proceso, a efectos de poseer mayores elementos de juicio que le permitan dilucidar el asunto por resolver.

Específicamente, la prueba de oficio está instituida en nuestro ordenamiento jurídico en las áreas del Derecho Procesal Constitucional (hábeas corpus, acción de tutela, acción de cumplimiento, acciones populares y de grupo) en las áreas civil, laboral, familia, administrativo y en el procedimiento penal previsto en la Ley 600 de 2000.

Así, el Código General del Proceso refiere, en su artículo 167, que, en principio, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, empero, el inciso siguiente de la norma en mención, indica que en determinados casos, el juez puede distribuirla —carga dinámica de la prueba— y en los artículos 169 y 179, *ibídem*, señala que el juez puede decretarla de oficio y reseña algunas reglas de procedibilidad con respecto a ella, como que su necesidad debe estar sujeta a que se verifiquen los hechos planteados en los alegatos de las partes, que quienes sean llamados como testigos deben necesariamente aparecer en otras, o en cualquier acto procesal de las partes y que debe ser decretada en las oportunidades probatorias.

En el mismo sentido, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe, en el artículo 180, entre otras reglas, que el juez puede decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos y, en igual sentido, el Código de Procedimiento Laboral, refiere dicha potestad en el artículo 54.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal de corte inquisitivo, instituido en la Ley 600 de 2000, señala en el artículo 234, la posibilidad de que

el juez decreta pruebas de oficio. Y, por último, el Código de Procedimiento Penal de tendencia acusatoria implementado a través de la Ley 906 de 2004, en su artículo 361, prohíbe taxativamente al juez de conocimiento decretar pruebas de oficio.

1.3. ¿Cuál es el procedimiento para el descubrimiento, decreto, presentación, incorporación y aducción de pruebas?

De manera genérica debe decirse que las pruebas son decretadas en la etapa procesal que la ley establece para ello. En cuanto a la parte demandante, esta realiza su solicitud en la demanda, al reformar la misma, al momento de contestar las excepciones o demanda de reconvención propuesta por el demandado, con la limitante de que estas pruebas solo se deben referir a los asuntos de las excepciones de la reconvención. A su turno, la parte demandada concibe sus solicitudes probatorias junto con la contestación a la demanda, en la demanda de reconvención, con las excepciones que propone y al igual que el demandante, dentro de los trámites incidentales del proceso.

En el esquema adversarial del Sistema Penal Acusatorio, se tiene que solo son pruebas aquellas decretadas en la audiencia preparatoria, recaudadas en el juicio y con la observancia del debido proceso, las garantías fundamentales y los principios de legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración. Lo anterior no obsta para indicar que el juez de Control de Garantías, como juez constitucional, posee amplias facultades para ordenar medios de conocimiento en desarrollo de las audiencias preliminares de control de garantías.

La Fiscalía General de Nación dispone de varias etapas para el descubrimiento de sus elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida. La primera etapa se realiza ante el juez de Control de Garantías, en desarrollo de las audiencias preliminares y, en particular, aquellas que requieren de la verificación de los medios de conocimiento (denominados así, al no tener la calidad de pruebas en el proceso penal), que permitan establecer una inferencia razonable de autoría, participación en el hecho investigado, a efecto de tramitar audiencias preliminares como las de legalización de captura y de solicitud de medida de aseguramiento. La segunda se cumple en la formulación de acusación, cuando la Fiscalía debe descubrir los elementos de conocimiento que la defensa solicite sin perjuicio de que, desde la presentación del escrito de acusación y por conducto del juez, el fiscal tenga la obligación de suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de los cuales tenga noticia, incluidos aquellos que le sean favorables al procesado. Y, por

último, en la audiencia preparatoria, la defensa debe haber tenido pleno acceso a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida por la Fiscalía.

En la audiencia de formulación de acusación, el juez debe ordenar a la defensa que entregue copia a la Fiscalía de los elementos de conocimiento con que cuente, de acuerdo con su solicitud, pero el descubrimiento probatorio de la defensa se hace de manera completa en la audiencia preparatoria e, igualmente, el Ministerio Público puede realizar solicitudes probatorias en esta audiencia. Debe acotarse que existen otros institutos procesales probatorios, que permiten de manera excepcional, descubrir y decretar solicitudes de prueba fuera de los escenarios ya indicados, como la prueba sobreviniente.

Ahora bien, la asunción del procedimiento penal abreviado implica que el descubrimiento probatorio de la Fiscalía —obligación que adquiere el acusador privado— debe realizarse en el traslado del escrito de acusación y la defensa efectuará su descubrimiento probatorio en la audiencia concentrada.

Así las cosas, el procedimiento penal adversarial ha asignado de manera concreta a las partes, es decir, Fiscalía (acusador privado si fuere el caso), defensa y al Ministerio Público, la función de realizar las solicitudes probatorias, descubrimiento probatorio y aducción de las pruebas en juicio oral.

1.4. ¿Cuáles son las características de la prueba de oficio?

Las pruebas de oficio tienen las siguientes características:

- i. Tienen fundamento en principios de orden constitucional y legal.
- ii. Son admisibles en áreas del Derecho Procesal Constitucional, Procesal Civil y Familia, Procesal Laboral, Procesal Administrativo y la Ley 600 de 2000.
- iii. Gozan, igualmente, del régimen de libertad probatoria, como sucede con las pruebas solicitadas por las partes.
- iv. Las pruebas de oficio se rigen por el principio de permanencia de la prueba.
- v. En la Ley 906 de 2004, el juez de Control de Garantías tiene la facultad de decretarlas.
- vi. El Código de Procedimiento Penal actual prohíbe taxativamente al juez de conocimiento el decreto y práctica de pruebas de oficio.
- vii. El recaudo probatorio se encuentra reglado por el debido proceso constitucional y el debido proceso probatorio de la Ley 906 de 2004.
- viii. En la ley 906 de 2004 la prueba se rige por el principio de intermediación.

1.5. Pruebas en el Proceso Penal colombiano

1.5.1. Las pruebas en la Ley 600 de 2000

El procedimiento de la Ley 600 de 2000, se caracteriza por ser de corte inquisitivo y escrito, a través del cual la Fiscalía ejerce amplias funciones jurisdiccionales, con las cuales investiga, acusa e instruye el proceso; es decir, desarrolla funciones de investigación, acusación y juzgamiento.

En la Ley 600 de 2000, tanto en la etapa de instrucción como en la de juzgamiento, se pueden solicitar y practicar pruebas, la cuales gozan del principio de permanencia, fenómeno que se encuentra ligado a la naturaleza escritural del procedimiento. La carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, corresponde directamente a la Fiscalía General de la Nación; además, señala que el juez puede decretar pruebas de oficio.

1.5.2. En la Ley 906 de 2004

Se caracteriza por ser un sistema oral y es la intervención de las partes la que determina el contenido del proceso, por ser adversarial y de tendencia acusatoria. En este caso existe división de funciones entre quien investiga y acusa y el funcionario que juzga. El fiscal es el director de la investigación, con funciones jurisdiccionales excepcionales, como las que ejerce en los procedimientos de captura.

Su naturaleza adversarial, o de partes, contiene el principio de igualdad de armas de la Fiscalía y la defensa, que implica en el plano normativo, equidad de condiciones y las mismas posibilidades en materia investigativa y probatoria. En la Ley 906 de 2004, solo se pueden tener por pruebas aquellas que se practican en presencia del juez de conocimiento, atendiendo el principio de inmediación, y, solo por vía excepcional, se admiten pruebas aducidas de manera distinta a la señalada, como las de referencia o la anticipada.

El artículo 372 del Código de Procedimiento Penal prevé que la finalidad de las pruebas es llevar al juez al conocimiento, más allá de duda razonable, sobre los hechos y circunstancias materia del proceso y los relacionados con la responsabilidad del procesado, como autor o participe del delito. De tal manera, los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico, siempre y cuando se observen las garantías y derechos constitucionales y legales para su aducción.

En este sistema se destacan los principios de concentración, inmediación, contradicción, publicidad y, de manera primordial, el de imparcialidad, que le

impone al juez de conocimiento que en ningún caso podrá decretar la práctica de pruebas de oficio, para evitar que sustituyera a una de las partes en su deber procesal, pues obrar de forma contraria haría que el juez se parcializara y al hacerlo rompería el equilibrio propio del proceso, puesto que cuando este ordena y práctica una prueba, necesariamente se tendría que favorecer a una de las partes e ir en detrimento de la otra. Así, la hipótesis frente a la imposibilidad de decretar pruebas de oficio refiere principalmente, que actuar de modo contrario, socavaría los postulados propios del debido proceso, como fue decantado por la Corte Constitucional, que se encargó de declarar la exequibilidad del artículo 361 del CPP, que prohíbe las pruebas de oficio (Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007).

2. Desarrollo jurisprudencial sobre la prueba de oficio en la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

2.1. Justificación y aproximación metodológica

La construcción de una *línea jurisprudencial* se ha consolidado como un instrumento eficaz para los operadores judiciales, porque permite a través del rastreo metódico de la jurisprudencia, la solución de un problema práctico en la labor jurídica, y por ello su construcción debe estar íntimamente vinculada con la solución de un caso específico.

Esta propuesta de trabajo fue desarrollada en Colombia por el profesor Diego López Medina y presentada en el libro *El Derecho de los jueces*, en medio de la discusión sobre la fuerza vinculante del precedente judicial y la necesidad de superar el mero legalismo, a lo cual se contraponen la necesidad de aplicar normas de principio y su estructura axiológica. En consecuencia, se admite el concepto de derecho viviente, esto es, el derecho manifestado en las sentencias, el que se materializa en la vida real de las personas.

En efecto, el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal prohíbe de manera expresa al juzgador decretar pruebas de oficio; pero la jurisprudencia ha desarrollado algunos matices a esta postura en situaciones excepcionales; razón por la cual nos permitiremos desglosarla a través de la propuesta metodológica del profesor Diego López Medina.

El problema jurídico relevante con miras a revisar su desarrollo jurisprudencial consiste en establecer, ¿le es permitido de manera excepcional al juez penal de conocimiento, el decreto de pruebas de oficio, en el sistema acusatorio con tendencia adversarial? O de manera más genérica, en el sistema procesal penal adversarial con tendencia acusatoria que rige en Colombia, ¿cómo ha

resuelto la jurisprudencia colombiana la tensión entre el principio de imparcialidad, de igualdad de armas y de legalidad, frente al principio de justicia material, cuando se trata del rol que debe asumir el juez frente al decreto de pruebas de oficio, en las audiencias de conocimiento?

2.2. Patrón fáctico de la Sentencia arquimédica y tesis que se desarrollan en la línea jurisprudencial

La sentencia seleccionada como arquimédica⁴ expone el caso en el que el representante legal de las víctimas presentó recurso de casación, en el proceso que investigó la presunta comisión de unas lesiones personales en la modalidad culposa, e indica el casacionista, entre otras razones para recurrir en casación la decisión absolutoria, que el juez debió haber suplido la falencia del ente acusador y decretado pruebas de oficio. La Corte, en este caso, reseña que el juez no puede determinarlas; primero, porque dicha práctica se encuentra proscrita del ordenamiento jurídico, segundo, por la naturaleza eminentemente adversarial del proceso y, tercero, el principio de igualdad de armas (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 47.212 de 2016).

En esta misma línea, se circunscribe el auto que inadmite la demanda de casación contra la sentencia condenatoria a un ciudadano por el delito acceso carnal violento, en la que el defensor casacionista manifiesta que el defensor de instancia incurrió en grave yerro, el cual vulneró el derecho de defensa y las garantías fundamentales del procesado, al no solicitar la práctica de una prueba genética; por cuanto la Fiscalía verificó que no le era favorable y desistió de ella, y el juez de conocimiento la ordenó para beneficio de la defensa, sin que el defensor la hubiera solicitado en la audiencia preparatoria, decisión que fue apelada por la Fiscalía y revocada en segunda instancia.

En este caso, la Sala Penal de la Corte señala que la actividad oficiosa del juzgador se encuentra proscrita del ordenamiento jurídico, y concluyó que no se afectó derecho fundamental alguno, porque entre otras cosas, la parte supuestamente afectada con su exclusión la conocía previamente (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 45.699 de 2015).

⁴La estructura metodológica del análisis jurisprudencial propuesto por el profesor Diego López Medina requiere, en primera instancia, hallar una sentencia llamada “sentencia arquimédica”, que debe tener como característica ser muy reciente y responder a un problema jurídico de interés. Los textos base de la metodología descrita son: López Medina, D. E. (2009). *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Colombia: Editorial Legis., y López Medina, D. (2006). *Interpretación constitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Esta ha sido la línea jurisprudencial dominante en la Corte Suprema de Justicia, cuando ha tramitado recursos de casación y se han ventilado procesos de la jurisdicción ordinaria en delitos comunes. Sin embargo, a estos mismos argumentos —esencialmente referidos a que la prohibición proveniente de la norma procesal penal, proscribía la actuación oficiosa frente a la prueba, y otorga relevancia a la aplicación de los principios de igualdad de armas, imparcialidad y el de legalidad— no se les asignó el mismo peso, cuando se trata de delitos que constituyen violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos.

Es así que en la Sentencia 31091 de 2010 de la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, que decide el recurso de reposición contra el auto que negó la práctica de las pruebas de la defensa y que decretó pruebas de oficio, se indicó que por la connotación especial del proceso sometido a conocimiento, puede inaplicar prohibiciones que en determinadas condiciones no son de naturaleza absoluta porque está de por medio el interés público en que se investiguen los delitos, se reconstruya la verdad para conocerla, se sancione a los responsables y se indemnice a las víctimas. Enfatiza en esta decisión, el rol del juez y le otorga especial relevancia como promotor de los cometidos del Estado social, democrático y de derecho, el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, entre los que cuenta el valor de la justicia material dentro de un marco jurídico.

Para dar peso argumentativo a esa postura, desarrolla los lineamientos contenidos en lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, en la Sentencia 14464 de 2005, que se refiere específicamente al alcance del principio-regla de la prohibición de reforma en perjuicio *reformatio in pejus*. Dicha sentencia indica que el juez no es un mero espectador, que debe alcanzar la verdad histórica objetiva, evento en el cual se concreta la justicia material.

La siguiente sentencia puede ser considerada como la fundadora de la línea jurisprudencial que admite la prueba de oficio de manera excepcional, y ella se encarga de desatar un recurso de casación sobre un fallo que, en sede de segunda instancia, condenó a un ciudadano por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado por ser menor de doce años, y que durante el desarrollo del juicio oral el juez de conocimiento decretó, por solicitud de la Fiscalía y del representante legal de la víctima, el testimonio de la niña; solicitud probatoria que no fue descubierta en la audiencia de formulación de acusación, ni enunciada por las partes en la audiencia preparatoria (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 24468 de 2006).

Esta decisión se destaca porque dedica un análisis sistemático de la norma que prohíbe el decreto de pruebas oficiosas en el sistema penal acusatorio, bajo tres líneas argumentativas. La primera tiene que ver con aquello que ya había sido reseñado por la Corte Constitucional (Sentencia C-591 de 2005), con relación a que los nuevos parámetros del Acto Legislativo No. 03 de 2002, que se introdujeron en la Constitución Política, deben guardar armonía con los principios generales y los derechos fundamentales de la Carta Política, teniendo en cuenta que las modificaciones introducidas por él, afectaron la parte orgánica y no la parte dogmática de aquella.

La segunda desarrolla la cuestión del rango constitucional de las víctimas en el proceso penal, y como parte activa en este, conforme al Acto Legislativo 3 de 2002, el cual indica que las víctimas tienen intereses directos en la verdad, la justicia y la reparación.

La tercera esclarece los argumentos del rol del juez en el proceso penal adversarial con tendencia acusatoria, e indica que, en desarrollo del principio de imparcialidad, los actos de investigación en el proceso penal fueron separados de los actos de conocimiento. Sin embargo, a renglón seguido, aduce que el rol del juez no es el de un simple árbitro y, por tanto, de manera excepcional, a fin de brindar aplicación a los postulados de orden constitucional, y la concreción de los fines del Estado, como la aplicación de una justicia material, el respeto a los derechos fundamentales del procesado y de la víctima, puede el juez inaplicar una norma de orden legal. Para ello resulta necesario que sea él quien argumente razonablemente frente a cada caso concreto, la razón por la cual la restricción sobre el decreto de pruebas de oficio, produce efectos incompatibles con los postulados constitucionales.

Sin embargo, en este caso fue precisamente la Corte quien advirtió que el juez de conocimiento, al resolver la admisión de esta prueba, incurrió en una argumentación que denomina “liviana”, dado que el juez no motivó suficientemente las razones por las cuales la admitió, pero advirtió que en este caso, quien había presentado la carga argumentativa suficiente y necesaria para aceptarla, fue el Ministerio Público, que coadyuvó su solicitud y posibilitó su decreto oficioso por parte del juez, sin que esa admisión probatoria se encuentre viciada de ilegalidad.

No puede dejarse de analizar la sentencia que declara la exequibilidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004 (Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007). Esta decisión es muy importante, ya que aborda la prohibición de decreto de pruebas de oficio por parte del juez de conocimiento, desde la perspectiva

de la coherencia con el modelo de enjuiciamiento acusatorio propio y de las garantías constitucionales de las partes.

Esta sentencia, termina otorgando mayor relevancia a la integridad del modelo acusatorio, señalando en concreto que, aunque en otras latitudes geográficas ese modelo no riñe con el decreto excepcional y oficioso de pruebas por el juez de conocimiento, Colombia no está obligada a adoptarlos, refiriendo que incluso, el legislador goza de un amplio margen de configuración en dichas materias; enseña que la igualdad de armas del procedimiento acusatorio es la concreción del derecho al debido proceso y a la equidad de trato, y que la medida prohibitiva es legítima, en tanto busca evitar el riesgo de la supremacía de una parte frente a otra, y aunque admite que en el procedimiento acusatorio existe una clara desigualdad institucional, por la ventaja de la Fiscalía en términos de fortaleza investigativa, económica, orgánica y funcional, frente a la defensa, esta situación se equilibra por la aplicación de principios procesales como la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Refiere que el principio de imparcialidad se concreta en el proceso penal, a través de la neutralidad probatoria del juez y que esa pasividad es una garantía del acusado. Indica que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y es un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, debe entenderse como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido, dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden constitucional y legal.

Advierte que no es correcto ligar la búsqueda de la verdad con el decreto oficioso de pruebas, porque dicha regla probatoria debe mirarse en contexto y desde la finalidad que se busca con ella. Aduce que cuando hay deficiencia en la investigación o la actitud de la defensa es pasiva por estrategia o por defecto, se considera que la restricción de la prueba de oficio puede afectar la consecución de la verdad real. Admite, igualmente, que el solo decreto de una prueba no tiene necesariamente el efecto de buscar una condena o absolución, o que el juez se ubique en la posición de una parte, pero advierte que dicho argumento no es tan fuerte en la medida en que indica "...no se trata de avalar el abandono de la búsqueda de la verdad, se trata de acercar el proceso penal a las garantías de la democracia constitucional y en este sentido entender el concepto de verdad..." (Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007). Y porque considera que se están llenando vacíos probatorios con la intervención activa del juez y esa situación desequilibra la posición de las partes.

Esta decisión mayoritaria no fue compartida por el magistrado Nilson Pinilla Pinilla, quien salvó su voto, indicando que el juez penal debe, de manera excepcional, ostentar la posibilidad de decretar pruebas de oficio, por cuanto los jueces deben buscar la verdad, hacer prevalecer el derecho sustancial y procurar la defensa y eficacia de los derechos constitucionales. Señala que resulta contradictorio que en otras ramas del Derecho se permita el decreto de pruebas oficiosas y que con ello no se afecta la neutralidad, y que, en el Derecho Penal, más garantista, no se permita esta atribución.

Indica el magistrado disidente, que esta facultad (la de decretar pruebas de oficio), es excepcionalísima, que sirve para superar aspectos que no permiten arribar a la verdad real; que no puede interferir o suplir la iniciativa de las partes. Refiere que son principios generales del derecho la verdad, la justicia y la reparación; que la impunidad es una infracción a los deberes del Estado y que esas obligaciones se encuentran contenidas en instrumentos internacionales. Aduce que, con fundamento en la Sentencia de constitucionalidad C-591 (Corte Constitucional, 2005) que señaló, entre otras cosas, que el juez no es un mero árbitro del proceso, la misma Corte Constitucional se está apartando de su propio criterio interpretativo, porque si en dicha decisión se le otorga al juez la obligación de esclarecer la verdad en procura de la justicia material, debe estar facultado excepcionalmente para decretar pruebas de oficio.

Refiere, igualmente, que, en múltiples decisiones, la Corte Constitucional ha concedido relevancia al derecho a la verdad y a la justicia, como valor fundamental que, además, conlleva al respeto hacia la dignidad humana, el cual no cobija exclusivamente a la víctima, a su familia y a la sociedad, pues incluye al procesado. Señala que la prohibición de la prueba oficiosa se debe en parte, al culto de sistemas foráneos; que el decreto de estas no afecta el principio de imparcialidad; que incluso en algunos sistemas penales acusatorios se admite la prueba de oficio y, además, la prueba aún si es oficiosa debe mantener su legalidad, publicidad, y debe respetarse su contradicción. Concluye que el juez administra justicia y un juez que no absuelve las dudas, no puede cumplir con el cometido social y, la prohibición absoluta, es contraria a las normas constitucionales. En este sentido enfatiza el cometido constitucional que se busca concretar con la prueba de oficio y, anticipa, cuál sería el procedimiento para la aducción de una prueba de este tipo, al advertir que el juez no puede incluir las pruebas que a bien tenga en la audiencia preparatoria, sino que dicho decreto deberá producirse una vez se ha agotado el juicio oral (Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, Sentencia Radicado N°. 24.468 de 2006).

Aun cuando la siguiente decisión que abordaremos no resuelve en sentido estricto los problemas jurídicos enunciados, resulta necesaria traerla a colación, porque analiza algunos principios que permiten resolver los problemas planteados —tuvo salvamentos de voto, y es muy reciente—. Estas características indican que en la actualidad se presentan opiniones encontradas frente a esos temas, de modo que permite entender las diferentes posturas que existen hoy día; igualmente, cómo las decisiones que proscriben la prueba oficiosa apelan a la enunciación normativa que expresamente la prohíbe, no aparecen argumentos elaborados frente a los tópicos que se plantean en la tesis contraria, situación que en este caso se invierte, por cuanto la *tesis ganadora* inaplica una norma de orden legal y amplifica, por decirlo de algún modo, el rol del juez. Por último, se atiende su importancia por cuanto uno de los salvamentos de voto, refiere de manera específica su postura sobre la oficiosidad de la prueba, como argumentos para sustentar sus tesis.

Se trata de la Sentencia 43837 de 2016 (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal), en la cual se decide el recurso de casación, que la defensa del procesado interpuso, por la sentencia condenatoria que el juez de segunda instancia profiriera, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, a pesar de que el fiscal solicitó en su alegación final la absolución.

La Sala Penal de la Corte Suprema, en este caso, consideró que la petición de absolución no obliga al juez de conocimiento, y dispuso decretar la nulidad de lo actuado, desde la actividad subsiguiente a la alegación final del ente acusador, al considerar que se profirió la decisión de absolver al procesado conforme con lo solicitado por el fiscal, sin la motivación necesaria.

Frente a dicha postura nos centraremos en recabar los argumentos que, de manera directa, tienen incidencia en nuestro problema jurídico, dejando de lado un poco los aspectos centrales frente a la petición de absolución de la Fiscalía, tema que desborda el objeto de nuestro estudio.

En efecto, dicha decisión aborda varios elementos de discusión, el primero de ellos, frente a la estructura del proceso penal y advierte que el sistema penal acusatorio colombiano, no es netamente adversarial, porque se tiene permitido otros actores en el proceso penal, que además gozan de facultades procesales y esas particularidades impiden considerarlo un sistema puro, sino con tendencia acusatoria, razón por la cual no puede asimilarse a un sistema procesal semejante al continental europeo o al norteamericano, de acuerdo con lo señalado en la Sentencia C-591 (Corte Constitucional, 2005).

Enfatiza que el rol del juez en el proceso penal, no se corresponde con el de un mero árbitro, y por eso debe propender por la aplicación de la justicia material, por la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes. Y en ese contexto, aseveró que la petición de absolución de la Fiscalía es una pretensión, pero no una decisión, ya que si atara al juez de conocimiento, la decisión del juzgador no sería una providencia judicial sino “... un acto de refrendación de la discrecionalidad de la parte acusadora” (Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 43837 de 2016), pero ese acto de refrendación, no constituye una decisión de fondo, por no ser una providencia dictada de manera autónoma e independiente.

Como puede observarse, la Sala Penal retoma dos argumentos que también fueron tenidos en cuenta para admitir de manera excepcional la prueba de oficio; la naturaleza especial del procedimiento penal con tendencia acusatoria y el rol del juez en el proceso penal adversarial.

El salvamento presentado por el magistrado Eugenio Fernández Carlier refiere que la decisión contraviene el principio de legalidad, previsto en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, y la naturaleza del sistema procesal vigente, no autoriza al juez a inaplicar normas que son coherentes con nuestro sistema penal acusatorio.

Señala que el juez no puede asumir la función acusadora que le corresponde a la Fiscalía, porque con esa postura se vulnera el principio de imparcialidad; indica, así mismo, que él no puede sustituir a las partes, o apoyar los actos que corresponden a estas y la facultad oficiosa podría dar lugar a que condene por delitos por los cuales no se ha reclamado condena o se encuentren en la acusación, razón por la cual no puede, de manera oficiosa, asumir el problema jurídico.

El salvamento presentado por los magistrados José Luis Barceló Camacho, José Francisco Acuña Vizcaya y Luis Guillermo Salazar Otero, desarrolla varias líneas de argumentación. La primera se refiere a la naturaleza del sistema procesal penal en Colombia e indica que no puede denominarse que el sistema penal es puro, sino que se cataloga como de tendencia adversarial, lo cual no desnaturaliza el hecho de que es un sistema de partes; que la modulación en la legislación colombiana del principio adversarial, de acuerdo con la Sentencia C-591 (Corte Constitucional, 2005), por la participación limitada de las víctimas y del Ministerio Público, no trastoca la filosofía que circunscribe el debate jurídico a quienes son parte. Admite la tutela judicial efectiva como derecho de las víctimas, pero enmarcado en un proceso adversarial, en el cual ellas no son parte, razón por la cual su pretensión debe ser encaminada en el

proceso a través del fiscal y que ello no implica la desnaturalización de quien ejerce la titularidad de la acción penal.

Señala el salvamento que, frente al rol del juez en el proceso penal, el tratadista Luigi Ferrajoli en su libro *Derecho y razón* ha delineado cuál es el rol del juez en el sistema procesal acusatorio; que en ese escenario se parte del principio de imparcialidad y concluye que esta nueva estructura procesal despoja al juez del rol de investigador oficioso. Refiere que su función es *equilibrar* la actuación de las partes y, por tanto, no le asiste interés en que se gane o pierda el proceso, para uno de los contendientes. Señala que las posturas de la Corte Suprema de Justicia que le permitían un rol oficioso y, pone precisamente como ejemplo, la Sentencia 24468 (Corte Constitucional, 2006), al permitir la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad, de las normas que limitan su rol, fueron superadas y se estaba consolidando la línea jurisprudencial que confería importancia a los actos de parte.

Reseña que la nueva postura mayoritaria en esta decisión recaba una concepción que parecía superada en la línea jurisprudencial de la Corte, desborda y desquicia el papel imparcial del juez, sustituye las funciones del fiscal y auspicia una máxima de la experiencia referida a que el juez razona mejor que el fiscal, matizando lo que es esencialmente una garantía fundamental del acusado, anteponiendo los intereses de la víctima, de quien se predica que no es parte, sino interviniente.

Indica que el control judicial al aplicarse figuras como el principio de oportunidad, solicitar la preclusión, entre otras, no da lugar a que se aplique en otras actuaciones como las de petición de absolución, ya que existen actuaciones del fiscal sobre las que no se ejerce control por el juez, y tampoco puede este último sugerirle al primero que practique una prueba ni la decrete de oficio, así tenga la persuasión de que la falta de ella impide la concreción del principio de justicia material.

Concluye que la nueva tesis mayoritaria no advierte cómo afecta el principio de igualdad de armas, y promueve la concentración de poder en un solo funcionario, fenómeno que precisamente buscó evitarse con el acogimiento sistema penal acusatorio; que la decisión mayoritaria rescata modelos inquisitivos que se pretendieron superar y que debe estructurarse un sistema coordinado para construir una política criminal coherente que articule el sistema procesal actual.

Para una mejor ilustración de las tesis relacionadas, se presenta a continuación el gráfico de la línea jurisprudencial:

Tabla 1. Esquema gráfico de la línea jurisprudencial

Tesis de menor reconocimiento	Distribución espacial de las sentencias según la tesis que sustenta	Tesis de máximo reconocimiento
<p>En el Proceso Penal colombiano adversarial y de tendencia acusatoria, al juez de conocimiento le es permitido, de manera excepcional, el decreto de pruebas de oficio, inaplicando normas de orden legal, a fin de dar cumplimiento de postulados constitucionales, como la aplicación de la justicia material y el respeto a los derechos fundamentales.</p>	<p>Aunque se refiere al principio de no reformatio <i>in pejus</i>, es relevante frente al análisis del rol del juez en el proceso penal (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 14464 de 2005). X Sentencia fundadora de la línea que admite la prueba de oficio excepcionalmente (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 24468 de 2006). X (Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007). X Salvamento de voto a la (Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007). X Matiza la decisión incluyendo la importancia del proceso como factor a tener en cuenta (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 31091 de 2010). X (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 45.699 de 2015). X (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 47.212 de 2016). X La <i>ratio decidendi</i> versa sobre la petición de absolución de la Fiscalía, pero desarrolla argumentos frente al rol del juez, y la naturaleza del proceso penal adversarial con tendencia acusatoria (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 43837 de 2016). X Salvamento de voto de Eugenio Fernández Carlier, otorga relevancia a los principios de legalidad e imparcialidad (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 43837 de 2016). X Salvamento de voto de José Luis Barceló Camacho, José Francisco Acuña Vizcaya y Luis Guillermo Salazar Otero, señala que la oficiosidad de la prueba desarticula el esquema penal acusatorio, y contraviene principios medulares del proceso penal (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado N°. 43837 de 2016). X</p>	<p>En el Proceso Penal colombiano adversarial y de tendencia acusatoria, la prohibición al juez de conocimiento de decretar pruebas de oficio es de carácter absoluta, ya que se encuentra expresamente prohibida en la legislación penal y dicha negativa pretende asegurar los principios de imparcialidad, igualdad de armas y el de actos de parte.</p>

Fuente: El esquema presentado hace parte de la metodología del profesor Diego López Medina. Los contenidos de este esquema son de quienes presentamos este ensayo

Resultados y discusión

La posibilidad del decreto de pruebas oficiosas en el proceso penal, así sea de carácter excepcional, dada su prohibición normativa, pone de presente, como se dijo previamente, que el sistema procesal adversarial de corte acusatorio es un sistema inacabado, en constante evolución y que lejos de admitirse un ideal sistémico, algunos tópicos dan cuenta que es ineludible recurrir a los imperativos y garantías constitucionales y que estos se vinculen con la dinámica propia del sistema.

En efecto, los imperativos constitucionales como el derecho al debido proceso, considerado en su doble dimensión de deber-garantía, han sido tenidos en cuenta para avalar, tanto las tesis que consideran que no es admisible la prueba de oficio, como las que han estimado que es posible decretarla en el proceso penal.

Así, el debido proceso, visto desde la exequibilidad de la prohibición normativa impone una perspectiva *integrata*, en tanto esta se analiza bajo el tamiz de la integridad del sistema procesal acusatorio y la posibilidad de que la alteración o, más bien, la modulación excepcional de los roles de quienes intervienen en el proceso penal en el decreto de pruebas, pueda desequilibrar la balanza procesal, desestimar los actos de parte y, frente al rol del juez, socavar el principio de imparcialidad en su actuación.

Sin embargo, debe recordarse que el sistema procesal acusatorio se encuentra supeditado al sistema de principios y valores de la Carta Política, en tanto el Acto Legislativo 3 de 2002 no modificó la parte dogmática de la Constitución y, por tanto, valores como el de justicia material y la consecución de un orden justo, resultan determinantes en las actuaciones de la administración.

Cabe cuestionarse, igualmente, si realmente el principio de neutralidad probatoria y de imparcialidad del juez se podría llegar a ver perjudicado con el decreto de una prueba oficiosa, teniéndose en este caso, que la solución que plantea el salvamento de voto de la Sentencia C-396 (Corte Constitucional, 2007) es una solución plausible, por cuanto sería al terminarse la aducción probatoria de las partes en el juicio oral, el momento procesal en que el juez podría decretarla y practicarla, atendidas las circunstancias especiales del proceso y la trascendencia que esta podría tener para resolver el asunto. Dicha solución es razonable porque el juez no debe tener una teoría del caso y, por tanto, no puede de entrada en la audiencia preparatoria, por vía de ejemplo, decretar una prueba oficiosa, en tanto no puede anticipar las falencias probatorias del juicio oral.

También debe tenerse en cuenta que la prueba oficiosa sería la *ultima ratio* del debido proceso probatorio en la medida en que como ya se dijo, las partes

cuentan con los instrumentos legales para hacer un debate probatorio ajustado a los cometidos constitucionales, tales como la prueba sobreviniente, la prueba de refutación, entre otras.

De tal manera, consideramos que la discusión está servida y que esta temática se presenta como excusa para debatir cómo se articulan los fines y principios del sistema penal acusatorio en el contexto del derecho viviente.

Referencias

- Alvarado Velloso, A. (2006). *La prueba judicial*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Armenta Deu, M. T. (2007). *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Bedoya Sierra, L. F. (2008). *La prueba en el Proceso Penal Colombiano*. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación.
- Cuello Iriarte, G. (2008). *Derecho probatorio y pruebas penales*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- González Navarro, A. L. (2011). *La prueba en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- López Medina, D. (2006). *Interpretación constitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- López Medina, D. (2009). *El Derecho de los jueces*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Sentencia C-591 (2005). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia (2005, junio 12). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado N°. 14464. Magistrado ponente: Edgar Lombana Trujillo.
- Sentencia (2006, marzo 30). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado N°. 24468. Magistrado ponente: Edgar Lombana Trujillo.
- Sentencia C-396 (2007). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia (2010, mayo 19). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado N°. 31091. Magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.
- Sentencia (2015, agosto 5). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado N°. 45.699. Magistrado ponente: Eyder Patiño Cabrera.
- Sentencia (2016, abril 6). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado N°. 47.212. Magistrado ponente: Eyder Patiño Cabrera.
- Sentencia (2016, mayo 25). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado N° 43837. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.

La tercerización laboral como una forma para vulnerar derechos laborales

Mónica Marcela Cárdenas Álvarez*

Resumen. Las exigencias de la vida laboral del siglo XXI han ocasionado que las relaciones laborales tradicionales se vean trasegadas por la implementación de una figura jurídica denominada tercerización laboral. El presente artículo expone la implementación normativa que el Estado colombiano le ha otorgado a la forma laboral aludida, con el propósito de permitir un alcance en el campo del trabajo flexible con visos de productividad y utilidad, pero bajo un margen de condiciones. Posteriormente, se hace referencia a conceptos tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia constitucional colombiana, además de lo referido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a efectos de dar soporte a la teoría que ha mantenido esta última, la cual refiere a una orientación del uso correcto de la tercerización, pues de no ser así, se podrían estar disfrazando o encubriendo verdaderas relaciones de trabajo, que pueden implicar sanciones o multas por parte del inspector del trabajo y condenas por parte de los jueces laborales.

De manera que se arrije al lector a un concepto de equilibrio, es decir, que en materia de tercerización laboral, la búsqueda debe estar orientada hacia el justo balance de flexibilidad, estabilidad y seguridad, para adaptarse a los cambios estructurales y a la necesidad de implementar criterios que le otorguen confianza a los trabajadores, así como también, que en el desarrollo de este se genere una política de cambios con protección, en busca de medios para combinar los postulados a los que se ha hecho referencia.

Palabras claves: Flexibilización laboral, abuso, garantías laborales.

* Abogada de la Universidad de Ibagué, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Laboral de la Universidad de Ibagué, especialista en Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia y candidata a magister en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho del Trabajo de la misma universidad. Correo electrónico: momarca@yahoo.com

Las relaciones laborales como una de las formas esenciales con las que cuenta el hombre para garantizar su mínimo vital, han requerido de manera imperante la implementación y el reconocimiento de derechos laborales, a través de los cuales se puedan identificar las condiciones propias del vínculo contractual, el cual, conforme con estas disposiciones no puede actuar violando los derechos constitucionales, legales o prestacionales consagrados en la ley. Sin embargo, de acuerdo con la constante evolución que se ha generado en torno a las nuevas formas de trabajo, y debido a la implementación de la flexibilización en las relaciones laborales, se estableció una figura jurídica denominada tercerización laboral.

En principio, la relación laboral se circunscribe al contrato a término fijo, el cual, según el Decreto 2663 de 1950 en su artículo 46, “se debe realizar por escrito y no puede ser superior a dos años”; aquel fue modificado por el artículo 20 del Decreto 617 de 1954, que acogió las condiciones anteriores y agregó que no puede ser renovable de manera indefinida, ni puede durar menos de cuatro (4) meses. Del mismo modo, el Decreto 2351 de 2005 en su artículo 4 arguyó, que este contrato no puede ser inferior a un año, ni superior a tres, pero sostuvo las condiciones antes mencionadas sobre la renovación indefinida y la formalidad de ser escrito. Finalmente, se identifica lo estipulado en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo:

El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, este se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente. Parágrafo. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que este sea. (Código Sustantivo del Trabajo, Art. 46)

Ante lo expuesto, es necesario señalar que la figura de la tercerización laboral surge con la concepción de implementar servicios temporales en dichas relaciones laborales, es decir, en aquellas desarrolladas por contrato a término fijo, con el objetivo de ser la solución a ciertos problemas de las empresas. Lo

anterior debido a que existe una gran cantidad de funciones necesarias, que no agregan valor relevante al objeto de la empresa, o porque existe una vacancia, entre otras circunstancias. En palabras de abogados especialistas en Derecho Laboral y con amplia participación en esta materia, se trata de una “actividad que consiste en la contratación de un sujeto especializado, independiente y autónomo, para la satisfacción de un servicio, a través del suministro de bienes o de la prestación de sus servicios a cambio de un precio determinado” (Bernal-Guerrero, 2017, p. 11). De manera que la vinculación que ofrece esta herramienta siempre será para proveer a un individuo ante una necesidad laboral, pero de forma temporal.

Por consiguiente, se debe recalcar que para el año 1935 mediante el Decreto 652, se determinó que la materia a la que se alude era procedente para reemplazos de carácter transitorio como, por ejemplo, cuando algún trabajador se encontraba en vacaciones o ausente por enfermedad. Así mismo, ese criterio fue ampliado en el Decreto 2351 de 1965 en su artículo 4 inciso 2, al indicar que la temporalidad se implementaría para labores ocasionales y transitorias, como, por ejemplo, cuando se tratara de licencias, incrementos en la producción, transporte, ventas u otros actos análogos.

No obstante, a pesar de lo antes mencionado, para el año 1988 cuando se crea el Decreto 1433, se resaltó y se hizo la distinción de que la temporalidad no es del trabajador, sino del servicio prestado a un tercero para el desarrollo de sus actividades. Es así como los preceptos mencionados en precedencia constituyeron el inicio de las empresas de servicios temporales, las cuales fueron aludidas por primera vez, mediante la Ley 50 de 1990, considerando que se trata de entidades que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de otra institución denominada usuaria, dejando claro que la primera siempre mantiene el carácter de empleador. Es decir, que con la expedición de esta nueva normatividad se estableció una distinción entre las relaciones jurídicas que surgen entre un trabajador dependiente y su empleador; el contratista independiente persona natural prestador de servicios y su contratante; y el trabajador en misión frente a su empleador y al usuario de sus servicios. De modo que se infiere que estas junto con otro grupo de reformas trajeron vientos de flexibilización del derecho del trabajo en el país.

Es necesario recalcar que, respecto de la procedencia de esta última figura, la normatividad señala que las empresas usuarias pueden contratar servicios con aquellas de servicios temporales, si cumplen con las condiciones estable-

cidas en el artículo 77 de la antes mencionada, las mismas que consagra el Decreto 4369 del año 2006 en su artículo 6, así:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses, prorrogable hasta por seis (6) meses más. (Decreto 4369, 2006)

Y se adicionó el siguiente parágrafo:

Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio. (Decreto 4369, 2006)

Así las cosas, estas últimas condiciones de empresas de servicios temporales han sido las que han permeado la conceptualización de tercerización laboral y su posterior implementación, junto con el desarrollo legislativo que se le concedió a la Ley 1429 de 2010, a efectos de controlar la utilización de la misma, en la medida en que en varias oportunidades han sido mal utilizadas como, por ejemplo, en casos que fueron analizados por la alta corporación constitucional y que hoy son fruto de la jurisprudencia, los cuales se pueden observar en Sentencias T- 295 de 2008 y T-503 de 2015, entre otras. Así, mediante el artículo 63 de la mencionada norma, se limitó el ejercicio de la tercerización al señalar que el personal requerido para el desarrollo de las actividades misionales permanentes en una empresa o institución —pública o privada— no podrá estar vinculado: i) por Cooperativas de Trabajo Asociado o ii) bajo ninguna modalidad que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

En suma, debe quedar claro que la representación de la tercerización laboral es legal y se encuentra aceptada por los instrumentos descritos anteriormente, con armonía de su fuente principal. Estos son los artículos 34 del Código Sustantivo del Trabajo (contratistas independientes) y el artículo 968 del Código de Comercio (contrato de suministro). El problema radica en el uso; por lo mismo, el legislador se ha dado a la tarea de expedir normas (D. 2025 de 2011;

D. 2790 de 2013; D. 583 de 2016 y Resolución 5670 de 2017) para atacar la tercerización laboral, aquella que se efectúa con el fin de reducir costos en perjuicio de los derechos y garantías laborales, como un abuso en la figura por parte de algunos contratantes.

Sin embargo, pese a existir estas reglas de procedencia, su implementación ha quedado en un espectro anarquista en el manejo del concepto de tercerización, puesto que en la realidad la implementación de este modelo por parte de algunas empresas ha estado abanderado por el desconocimiento del criterio de temporalidad, de tal manera que una vez vencidos los presupuestos por los cuales implementaron la tercerización laboral, los trabajadores continúan ejerciendo la misma actividad laboral, situación que en esencia cambiaría las condiciones desde un criterio ampliamente garantista, pero que en la vida real se disfraza y se mantiene.

En efecto, esta condición se torna en un abuso de la temporalidad establecida desde los mismos inicios de la creación de esta figura y, en razón a ello, se olvidan los lineamientos impartidos por el legislador como la temporalidad, la transitoriedad y lo ocasional del servicio. De tal manera que con dicho desconocimiento de la legislación y manteniendo a un trabajador que fue contratado en condiciones de temporalidad, que ejerce labores que se tergiversan de la razón por la que fuere querido inicialmente, se sesga el límite o la frontera entre una y otra clase de trabajo y se torna difusa.

Es por eso que esta situación que ha permitido el surgimiento de relaciones de trabajo encubiertas, disfrazadas, ambiguas y triangulares, en perjuicio de los intereses de los trabajadores, de los empleadores, del Estado y la sociedad, constituye un abuso que no debe tolerarse porque permea esas garantías básicas laborales de los trabajadores. Ahora, cuando se hace mal uso de la tercerización, se constituye en una práctica de carácter ilegal.

A propósito de la tesis que se plantea, la OIT concluyó lo siguiente en la Resolución relativa a la relación de trabajo, adoptada en la 91.^a Conferencia General de 2003:

Advierte la OIT que no es su propósito combatir otras formas de relaciones jurídicas distintas a la relación de trabajo; sino todo lo contrario: que todos los actores del mercado de trabajo tengan acceso al uso de una amplia gama de acuerdos por medio de los cuales un trabajador realiza o presta servicios a un empleador o un empresario, pero dentro de un uso correcto de las distintas formas jurídicas laborales y no laborales. (OIT, 2003)

Por su parte, la RedLat (2010) lo analiza en un trabajo a partir del cual concluye que estas formas de contratación:

Ha producido efectos sobre la situación de los trabajadores que, por su profundidad y gravedad, se han llegado a considerar, conjuntamente con la pobreza, como la 'cuestión social' de nuestra época. Han venido deteriorando prácticamente todas las dimensiones o componentes básicos, comúnmente señalados, del llamado trabajo decente. Pero afectan en especial aquellas relacionadas con el desempleo, la remuneración, estabilidad y discriminación en el trabajo, la seguridad social, y el derecho de asociación y acción colectiva, debilitando por lo demás la organización sindical en razón en especial de la segmentación de la clase trabajadora y su identidad, incorporando, además, graves riesgos a estos colectivos de trabajadores, como los siguientes riesgos: de deslaboralización o informalización laboral, de bajos ingresos laborales, de desprotección social, de discriminación laboral, de insolvencia del empleador formal, de desempleo recurrente, de pérdida de derechos colectivos. (RedLat, 2010, p. 26)

En este sentido, conviene subrayar que el papel que representa el Estado es fundamental, teniendo en cuenta que, para encontrar soluciones al abuso de temporalidad en la tercerización laboral, este debe jugar un rol de primer orden al dirimir las controversias que se suscitan entre la siempre pretendida ampliación de la flexibilidad laboral. De ahí que como lo señala Mario Ackerman, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina)(2001) en ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano en Lima:

Venimos de un triángulo virtuoso de protección donde se deben realizar estrategias que permitan establecer condiciones dirigidas a privilegiar la economía, y además a garantizar la protección y brindar la seguridad jurídica que reclaman los trabajadores en estas condiciones. Puesto que la mala utilización de esta figura puede constituir una tercerización ilegal.

Habría que decir también que, como se refirió con antelación en Colombia, se ha venido dando tratamiento a este tema por medio de la Ley 1429 de 2010, la cual a través de su artículo 63 ha precisado y aclarado el alcance de esta figura, en lo referente a la contratación de personal, a través de otras modalidades de vinculación, como la tercerización laboral. En ese orden de ideas, precisa que esta es ilegal cuando en una institución o empresa pública o privada coincidan dos elementos: 1) se vincule personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes a través de un proveedor (instituciones,

empresas, personas naturales o jurídicas u otras modalidades contractuales, sociales o cooperativas, públicas o privadas), es decir, por cooperativas de trabajo asociado o 2) se vinculen personas de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Simultáneamente, lo ha hecho el Decreto 0583 del 8 de abril de 2016 emitido por el Ministerio de Trabajo y a través del cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector de Trabajo N° 1072 de 2015 cuando define nueve elementos que permiten asegurar que la intermediación es ilegal, toda vez que en él se integran aspectos que deben ser tenidos en cuenta en el ejercicio de la Inspección, Vigilancia y Control sobre los procesos de tercerización y los derechos laborales que deben garantizarse en estos:

1. Que se contrató al proveedor para hacer las mismas o sustancialmente las mismas labores que se realizaban para el beneficiario y los trabajadores no fueron expresamente informados por escrito.
2. Que el proveedor no tenga capacidad financiera acorde con el servicio u obra que contrata.
3. Que el proveedor no tenga capacidad, de carácter administrativo o financiero, para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores.
4. Que el proveedor no tenga la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que le sean contratados.
5. Que el proveedor no imparta las instrucciones de tiempo, modo y lugar para la ejecución de la labor de sus trabajadores, o no ejerza frente a ellos la potestad reglamentaria y disciplinaria, sin perjuicio de otras actividades de coordinación que sean necesarias por parte del beneficiario para el adecuado desarrollo del objeto del contrato.
6. Que el proveedor no realice el pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales oportunamente o no cumpla con las obligaciones en materia de seguridad social.
7. Que el beneficiario fraccione o divida, mediante uno o más proveedores, a trabajadores afiliados a un sindicato inscrito o a trabajadores que hayan realizado la asamblea de constitución o la reunión inicial de constitución de un sindicato.
8. Que a los trabajadores que trabajaban para el beneficiario no se les otorguen por parte del proveedor iguales derechos a los que tenían cuando estaban contratados directamente por el beneficiario para el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades.
9. Que el beneficiario y el proveedor incurran en conductas violatorias de las normas laborales vigentes en la celebración o ejecución de la figura que los une. (Ministerio del Trabajo, 2016, p. 4 y 5)

En pocas palabras, con los presupuestos antes mencionados, aunque el legislador tomó medidas respecto de la mala utilización de la tercerización laboral e indicó los casos en los cuales se puede identificar una indebida utilización

de esta figura es pertinente resaltar que, lo hizo de manera generalizada por lo que en el mismo existen circunstancias que en nada protege a los trabajadores. Un ejemplo de este argumento se circunscribe en el numeral 4, donde señala que “el proveedor no tenga la autonomía en el uso de los medios de producción y desintegra las condiciones por las cuales se ha implementado dicha labor” (Ministerio del Trabajo, 2016, p. 4). De manera puntual nos referimos a que en el caso de una persona que es contratada por aumento en la productividad de la empresa y esta se mantiene en el tiempo, el empleador siempre va a tener la autonomía en el uso de esos medios de producción, y además no se trata solo de un trabajo coordinado como se pretende esbozar en dicho postulado, sino en una labor que amerita claramente subordinación, por lo que se pone en tela de juicio la conducencia, pertinencia y utilidad que le pueda dar esta disposición a la materia a la que se ha hecho referencia.

Así las cosas, es probable que las condiciones de violación a la ley, pueden persistir en el tiempo, hasta tanto el legislador no establezca condiciones específicas y no tan generalizadas como las antes vistas. En dichas condiciones no se percibe algún cambio contundente como lo debe ser la protección del artículo 53 de la Carta Política en cuanto a los *mínimos laborales* y el principio *in dubio pro operario*.

Habría que decir también que a pesar de que en la actualidad la Resolución 5670 de 2017 por medio de la cual se establecen lineamientos respecto de la Inspección, Vigilancia y Control que se adelanta frente al contenido de los artículos 74 de la Ley 1753 de 2015 y 63 de la Ley 1429 de 2010, así como de sus Decretos Reglamentarios, se perfila como una nueva herramienta por parte del Ministerio del Trabajo para atacar el uso indebido de la tercerización laboral. La misma no hace ningún cambio, sino que tiende a emitir pronunciamientos desfasados del poder reglamentario que se le ha permitido.

Lo anterior, se presenta en la medida en que termina regulando aspectos que no hacen parte de la Ley 1429 de 2010 (intermediación laboral) y se mantiene en ese espectro censurado de definiciones que con anterioridad ya habían sido sancionadas por las Altas Cortes, en especial por el Consejo de Estado, mediante auto del 15 de marzo del presente año, el cual resolvió suspender provisionalmente los efectos de los numerales 4 y 6 del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector del Trabajo, que corresponden a las definiciones de beneficiario y proveedor, de tercerización laboral y tercerización laboral ilegal del Decreto 0583 de 2016.

De acuerdo con lo expuesto, encuentra la ponente que los enunciados normativos demandados desbordan materialmente el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el cual hace referencia a la prohibición de contratar personal a través de cooperativas de trabajo asociado, ni bajo ninguna otra forma de vinculación de intermediación laboral, para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado, mientras que la norma reglamentaria, regula aspectos relacionados con la tercerización laboral, dentro de la cual ubica todos los mecanismos legales de intermediación laboral, aspectos estos que no están comprendidos en la referida ley. (Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Radicado N°. 11001032500020160048500 de 2017)

Lo dicho hasta aquí supone que el término *tercerización* se ha generalizado para referirse a la contratación de servicios, e involucra la vinculación indirecta de trabajadores. En este sentido, fragmenta su mano de obra, disminuye sus condiciones laborales y debilita y desestructura sus derechos colectivos. Habría que decir también que esta situación, además de aumentar la flexibilidad del mercado de trabajo, ha contribuido a que no esté clara la situación laboral de un creciente número de trabajadores, y que, consecuentemente, queden excluidos del ámbito de la protección, normalmente asociada con una relación de trabajo.

Así que, en definitiva, la manera más propensa para evitar el abuso de la tercerización laboral en detrimento del trabajador lo constituye su asimilación al trabajador dependiente. Esto equivaldrá a otorgarle aplicación extensiva, al menos en forma parcial, al Código Sustantivo del Trabajo. De tal manera que una vez se logre identificar que no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 4369 de 2006 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, se termine la prestación del servicio o se reconozca el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, tarea que está bajo la competencia del ente encargado de ejercer vigilancia y control, en este caso, del Ministerio del Trabajo.

De ahí que el legislador debe asegurarse de generar un equilibrio entre flexibilidad y protección, para evitar efectos perversos sobre la economía y el trabajador. De esta manera, estaría reforzando el campo de acción de la seguridad social, pues la utilización de esta figura en muchas ocasiones propende por disminuir el reconocimiento de derechos laborales hacia el trabajador, como es el caso de los derechos sindicales, etc.

Es por esto que, la tercerización laboral como figura jurídica en Colombia requiere un uso correcto, porque de no ser así, se estarían disfrazando o encubriendo las relaciones de trabajo. De modo que, si hacemos un esfuerzo

por darle a la tercerización su verdadera dimensión, ya se trate de bienes, o de servicios, o de recurso humano, daremos un gran paso para la formalización, entendida como el cabal cumplimiento de las garantías laborales, independientemente del tipo de vinculación.

Por lo tanto, la tercerización laboral en sí misma no es ilegal, a diferencia de ello, la misma OIT ha señalado que dinamiza la economía del país, al mismo tiempo que potencializa las industrias y disminuye la informalidad laboral. Para simplificar, si bien es cierto que por regla general se debe implementar la contratación laboral directa, también lo es que el suministro de bienes y servicios de las empresas temporales es una alternativa cuando se trata de temporalidad laboral. De ahí que, si la tercerización no tiene la finalidad de suplir una necesidad de bienes y servicios de la empresa, sino de la persona individualmente considerada, estamos ante una violación de la ley laboral.

Así que en este artículo no se niega que también la flexibilidad es necesaria y beneficiosa, pero el debate sobre el tema nos ha hecho creer que ella y los ajustes veloces entre los trabajos y las empresas son la única respuesta, a pesar de que también existe la posibilidad que se efectúen estas actividades dentro de los trabajos o las empresas, mientras se mantiene la relación de empleo con todas las gabelas reconocidas por el Constituyente. Máxime cuando vemos ajustes que son favorecidos por políticas de mercado de trabajo. Es por esto que hoy la búsqueda debe estar orientada hacia el justo balance de flexibilidad, estabilidad y seguridad, para adaptarse a los cambios estructurales y a la necesidad de generar condiciones pro para los trabajadores.

En conclusión, es indispensable reconocer no solo que la implementación de la tercerización laboral en las relaciones de trabajo permite un alcance mayor a la productividad y a la contratación, en particular, en los mercados de trabajo sujetos al impacto de la creciente globalización, sino también lo es que se debe dar un uso correcto a las formas jurídicas laborales y no laborales y este debe estar bajo la vista del Estado y de sus diferentes organismos de protección laboral, para no incurrir en prácticas que contribuyan al detrimento de garantías laborales de los trabajadores.

Lo más importante es que para alcanzar ese objetivo es necesario que se implemente una política de equidad entre las nuevas actividades legislativas en el ámbito laboral y el desarrollo de la economía globalizada, en busca de medios para combinar flexibilidad y seguridad, puesto que de ser así se alcanzaría el componente que opera en armonía con la concepción de trabajo decente brindada por la OIT:

Trabajo productivo con remuneración justa, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para el trabajador y su familia, mejores perspectivas para el desarrollo personal y social, libertad para que manifiesten sus preocupaciones, se organicen y participen en la toma de decisiones que afectan a sus vidas, así como la igualdad de oportunidades y de trato para mujeres y hombres.(oit, 2007)

En definitiva, lo anterior permitiría lograr el ejercicio efectivo de buenas prácticas del derecho laboral, aspecto en el cual están comprometidos todos los actores de la sociedad. Así por ejemplo el Estado, de conformidad con lo establecido en (Corte Constitucional, Sentencia C-614 de2009); los empresarios, en el uso correcto de la tercerización, y los trabajadores en el respecto que arriben a su labor.

Referencias

- Ackerman, M. (septiembre, 2001). Reflexiones en torno de la dependencia laboral y la descentralización empresarial de cara a la Legislación y la Jurisprudencia argentinas. *El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas del Trabajo*. V Congreso Regional Americano, Lima, Perú.
- Bernal García, F., Guerrero Orbe, D., & Godoy Córdoba. (mayo-junio, 2017). Resolución 5670 de 2016. ¿Reglas claras en materia de tercerización laboral?, Legis, Bogotá, 2017. *Revista Actualidad laboral*, (201), 11-16.
- Código Sustantivo del Trabajo. (2016). Artículo 46. Editorial Legis. Primera edición. Bogotá.
- Decreto 0583. (2016). Adición al Decreto Único Reglamentario del Sector del Trabajo N° 1072 de 2015. P. 4 y 5.
- oit. (2003). Resolución relativa a la igualdad de remuneración. 91a Conferencia General. Ginebra.
- RedLat. (2010). *Estado del Trabajo Decente en 7 países de América Latina, incluida Colombia*. p. 26.
- Sentencia T-295 (2008). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-614 (2009). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-503(2015). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente:María Victoria Calle Correa.
- Sentencia (2017, marzo 15). Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo.Sección Segunda. Radicado N°.11001032500020160048500. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Bibliografía recomendada

- González, J., García, N., & Puig, J. (2010). *Situación de la subcontratación en América Latina y perspectivas para su regulación*. Medellín, Colombia: Escuela Nacional Sindical.
- López, D. (2008). *Subcontratación y conflictos laborales: Un creciente descontento en el trabajo*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas Universidad Central.
- Torregroza Sánchez, A. (2013). *Vademécum de Jurisprudencia*. Bogotá: Librería Ibáñez.

La expulsión de lo distinto

Alejandro Torres Ocampo*

Byung-Chul Han

La expulsión de lo distinto

Madrid, Herder Editorial, 2017, 128 páginas

“Yo es otro”, afirmaba Arthur Rimbaud en su *Carta del vidente*, como asestando un golpe simbólico a través del cual alude casi a gritos que ser en el mundo depende en mucho del otro. Uno es, en tanto la alteridad que nos rodea sea grata, insípida o desdichada. Sin embargo, no luce tan claro este postulado cuando se le somete al rigor de la vida actual, transida de la soledad de lo digital, del ego alimentado en falso a través de *likes*, del tiempo acelerado de lo productivo y la desmedida carrera hacia la felicidad, que no es otra cosa en nuestros días, que la capacidad de consumir y hacerse con los premios de un mundo regido por la lógica del mejor superviviente.

Byung-Chul Han enfoca en este texto —recientemente traducido al castellano— su mirada experta en desnudar la sociedad actual. Vuelven a colación conceptos ya manejados, pero ineludibles, como *sociedad del cansancio* y *sujeto de rendimiento*, solo que, en esta digresión, están incluidos como caja de herramientas para pensar una sociedad que, inmersa en una corriente neoliberal, ha derivado en concreto a desarrollar temor o apatía hacia la contradicción o la dificultad como experiencias. Horror a lo distinto, a lo otro.

Se enfrenta el humano moderno a la incapacidad de contemplarse en el mundo de un modo que no sea el del falso placer, del *me gusta* como única numerabilidad aceptable. Chul Han define este pavor al fracaso, al disenso natural, como la “proliferación de lo igual”, en detrimento del conocimiento

* Sociólogo de la Universidad del Rosario y librero. Correo electrónico: arboldetinta@yahoo.com

que subyace a la experiencia (negatividad de lo distinto) muchas veces dolorosa, pero vital. Ahogados y sordos, ciegos e inermes en la hipercercanía, la hipercomunicación y la fugacidad, quedamos atados a experimentar solo lo igual —escogemos lecturas, amigos, espacios, distancias, pero también, que no nos cuestionen—; creemos aprender, aunque estamos atrapados en un infinito bucle de búsquedas inocuas y consumos a la medida de nuestros prejuicios. Silenciosamente hemos llegado a confundir aprender con repetir; crecer con expandirnos; informarnos con mirar desde nuestras pantallas portátiles, que todo ocurre cuando no hemos cruzado un milímetro hacia la abrupta, pero rica, geografía de lo desconocido.

Una sociedad neoliberal y atrapada en el ejercicio *Ad Nauseam* de la lógica “produce, consume” nos ha conducido al peligroso espejo de Narciso. Ya no atendemos el canto de las ninfas. En últimas nos basta con la eterna aprobación. Fracasas y perder no califican como acontecimientos vitales, sino como un fallo personal o afirmación sutil de la ley de mercado. Ejercicios determinantes en la vida como observar y escuchar quedan trancos en la positividad de lo igual. Lucen como equívocos en la matriz de la cadena productiva. En la asepsia segura de los idénticos recorridos del rendimiento hasta el agotamiento. De allí la denuncia del filósofo que no se contenta con esbozar aquí los peligros que ya señala Paul Virilio en *Velocidad y política*, límites terribles como la disolución paulatina de la experiencia del tiempo en pos de una falsa proximidad entre los hombres, o la fatiga mortal del trabajo desbocado como prueba del éxito social o personal.

Chul Han nos arroja balsas de rescate proponiendo un pronto devenir hacia la conversación, la contemplación y el riesgo de vivir los otros, a los otros como antídoto contra lo igual. No ver más en lo ajeno, sino la posibilidad de acabar con la precariedad de una vida en torno a sí. Vida formulada por la búsqueda incesante de la gratificación sin Eros, sin la muerte de la vieja piel de la costumbre nueva; estar solos. A la expulsión de lo distinto solo se le opondrá la redención en el otro; en su voz elocuente que nos hace salir de nosotros para internarnos en el mundo.

Revista *dos mil tres mil*

Universidad de Ibagué Instrucciones para los autores

La Revista *dos mil tres mil* es la revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué. Busca publicar una variedad de reflexiones de los abogados y docentes de las facultades de Derecho de los siguientes tipos: reflexiones sobre temas específicos, monografías, memorias de congresos, conferencias, notas cortas, reseñas críticas, estudios de caso, avances sobre proyectos de investigación, traducciones, revisiones de temas, textos de estudiantes destacados y otros. Las siguientes son las normas establecidas por la Revista para que nuestros colaboradores tengan en cuenta cuando envíen sus artículos a consideración para su publicación.

1. **Extensión de los artículos.** Los trabajos deben tener una extensión mínima de 5500 palabras y máxima de 7000 palabras; pueden incluir espacio para gráficos, tablas e ilustraciones. La bibliografía del artículo no se incluye dentro de la extensión del artículo.
2. **Envío de artículos.** Cada documento deberá presentarse en Times New Roman, 12 puntos, a espacio y medio y en soporte magnético, en formato Word. Se deben enviar al correo electrónico constanza.vargas@unibague.edu.co
3. **Cierre de edición:** Los artículos se recibirán hasta el día 31 de mayo de cada año.
4. **Componentes de los artículos.** Los artículos deben contener los siguientes apartes:
 - *Resumen.* Cada artículo deberá llevar un resumen, de mínimo 150 palabras a 250 palabras, que indique claramente el tema y los objetivos.
 - *Palabras claves.* Luego del resumen deberá adjuntarse una lista de, máximo, cinco palabras claves, que faciliten el análisis temático y la identificación del artículo.
 - *Cuadros e ilustraciones.* Los cuadros deberán presentarse en Word o Excel. Los dibujos y fotografías se incluirán para aclarar o sintetizar la información, y deben presentarse en formato TIF o JPEG. Todos deben incluir su identificación y la fuente, si fuere necesario.
 - *Información del autor.* Los trabajos deberán acompañarse de una ficha de identificación del autor, que contenga los siguientes datos: nombre y apellidos, títulos y universidades en las que obtuvieron los postgrados, la institución donde desarrolla su actividad académica, dirección electrónica (e-mail) y teléfono. También, si pertenece a un grupo de investigación. Se adjuntará una relación de las dos publicaciones más recientes, si las tuviera.

- *Llamadas y notas a pie de página.* En las notas de pie de página, notas bibliográficas o aclaratorias, se usa el superíndice. Sin embargo, en algunos casos, por ejemplo, cuando la nota aclaratoria no pertenece al texto en sí, por ejemplo, si se trata de una nota del editor, fuente, se emplea el asterisco.
 - *Referencias bibliográficas.* Todas las fuentes citadas o mencionadas deberán estar claramente identificadas, de acuerdo con las Normas APA. Al final del artículo deberá listarse toda la bibliografía consultada.
5. **Proceso de arbitraje.** La pertinencia de los trabajos presentados tendrá en consideración que esta es una revista de difusión, de temática abierta, siempre que el contenido desarrollado en el artículo tenga relación directa con la teoría, la práctica educativa o se relacione con otro tema de interés universitario y disciplinar. El Comité Científico de Arbitraje será el encargado de valorar el rigor científico, el desarrollo de las ideas del artículo y la importancia de los trabajos presentados. Si el artículo aborda un tema coyuntural, transitorio o limitado a un contexto local, será potestativo del Comité Científico definir la importancia de su inclusión en la Revista.

Con el fin de garantizar la más plena autonomía de los miembros del Comité de Arbitraje Científico, el proceso de juzgamiento de los artículos será anónimo, en cuanto al árbitro asignado y al autor que se evalúa. Solo se publicarán los trabajos que hayan sido aprobados por el Comité de Arbitraje Científico, según una selección previa del Consejo Editorial.

6. **Declaración de originalidad.** Sin excepción, todo trabajo que se presente a consideración de la Revista *dos mil tres mil* de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Ibagué deberá estar acompañado de la Declaración de originalidad, firmada por cada uno de los autores, de acuerdo con el formato que sigue:

Declaración de originalidad

Yo _____ certifico que del trabajo denominado _____ que anexo para posible publicación en la Revista *dos mil tres mil* de la Universidad de Ibagué es de mi autoría y es resultado de mi propio trabajo intelectual. Declaro, también, que las citas y los materiales ya publicados se han incluido en las citas del texto y en las referencias bibliográficas.

Informo, además, que cuento con la autorización para publicar de quienes poseen los derechos patrimoniales. Por lo anterior, me hago responsable de cualquier litigio o reclamación relacionada con derechos de propiedad intelectual y exonero de responsabilidad a la Universidad de Ibagué. También declaro que este artículo no lo he presentado a otra publicación seriada, para su respectiva evaluación y, posterior, publicación.

En caso de que el documento de la referencia sea aprobado para su publicación, como autor (a) y propietario (a) de los derechos de autor, autorizo a la Universidad de Ibagué para que incluya dicho texto en el número _____ la Revista *dos mil tres mil* para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios electrónicos en texto completo o cualquier otro medio conocido o por conocer.

Para constancia de lo anteriormente expuesto, se firma esta declaración a los _____ días, del mes de _____, del año _____, en la ciudad de _____.
Nombres, Firma y Documento de Identificación (si son varios autores, cada uno debe firmar).

Nota de copyright

La presente revista y su contenido son propiedad de la Universidad de Ibagué y, en consecuencia, solo se podrá acceder a ella para lectura o impresión, como copia personal, y sin ánimo de lucro. Cualquier otra forma de utilización como reproducción, transformación, comunicación pública o distribución, se puede hacer con la autorización de la Universidad de Ibagué.

Contacto: Constanza Vargas Sanmiguel
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Ibagué
Teléfono: (57-8) 2709400
PBX: 2709400, Ext 288 Fax: 2709456
Correo electrónico constanza.vargas@unibague.edu.co

El lector tiene en sus manos la décima novena edición de la Revista *dos mil tres mil* que contiene importantes artículos resultado de investigación científica, de reflexión y de revisión que abordan diversos temas de actualidad e interés jurídico nacional e internacional y una especial reseña bibliográfica. Es un producto de un colectivo de profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de nuestros respetados autores que de manera desinteresada compartieron sus escritos. Es un honor presentar esta versión que esperamos aporte a la construcción de conocimiento y a la visibilidad de la investigación.



**Universidad
de Ibagué**

Comprometidos con el desarrollo regional

