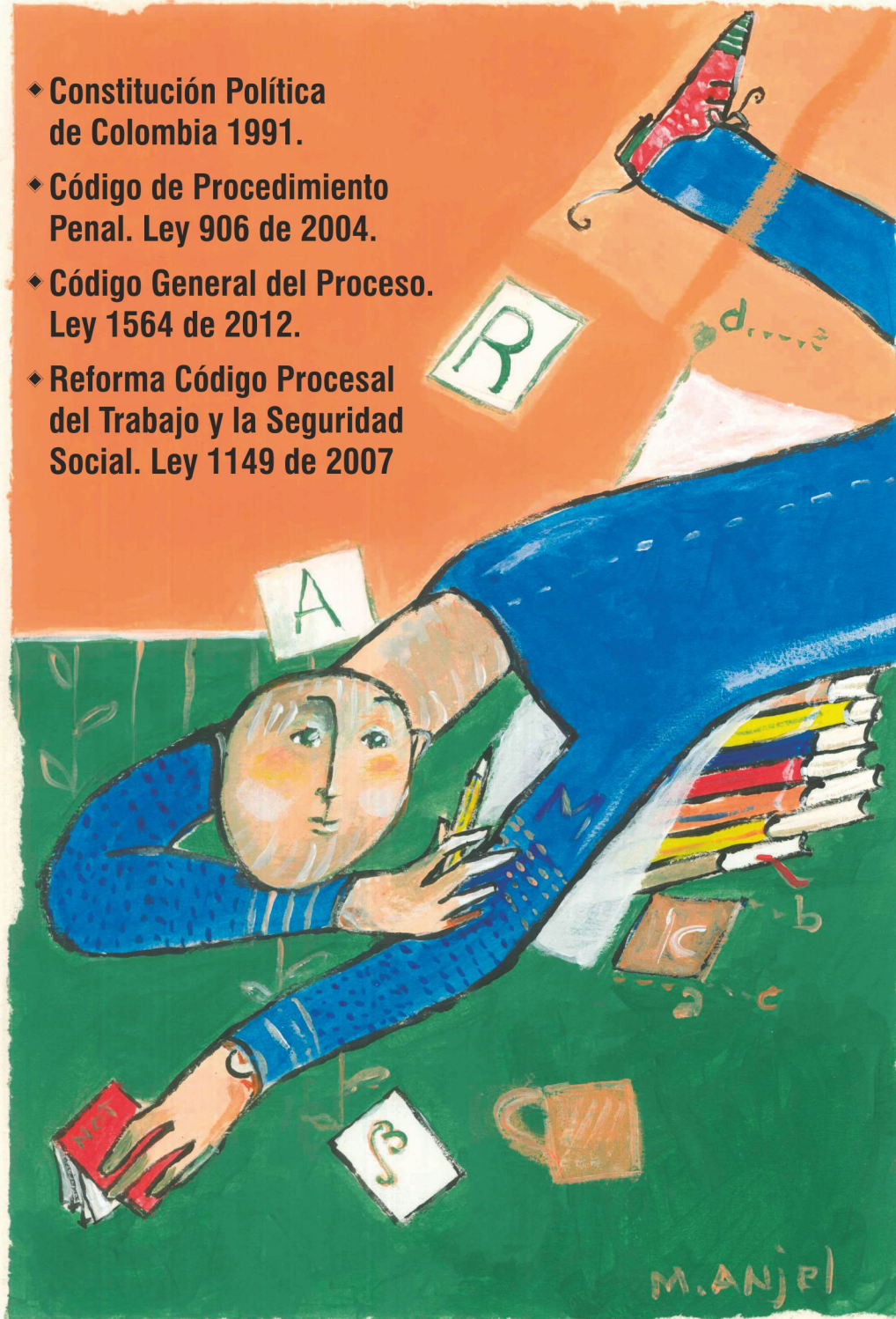


# BERBIQUÍ 61

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA ISSN 0122-7904

- ♦ Constitución Política de Colombia 1991.
- ♦ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004.
- ♦ Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012.
- ♦ Reforma Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Ley 1149 de 2007



# BERBIQUÍ 61

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA

## DIRECTOR

Hernando Antonio Bustamante Triviño.

## COMITÉ DE REDACCIÓN

John Fredy Cardona Acevedo

Omar de Jesús David Tapias.

Orlando Antonio Gallo Isaza.

Leonardo Gómez Rendón.

Alba Holanda Mejía Cardona.

Nancy Edith Bernal Millán.

Gustavo Adolfo Villazón Hiturriago.

Jaiver Camargo Arteaga.

Francisco Javier Loaiza Flórez.

## PORTADA Y CONTRAPORTADA

Ilustración de Memo Ángel

y poema del doctor Ricardo Vera

## CORRESPONDENCIA Y CANJE

Carrera 55 N.º 40A-20 Oficina 310.

Edificio Torre Nuevo Centro La Alpujarra.

Teléfonos: 2616056, 2324398.

Fax: 2611767. Cel.: 3225145720.

Correo electrónico:

[secretario@juecesyfiscales.org](mailto:secretario@juecesyfiscales.org)

Facebook, WhatsApp, Twitter:

[@juecesyfiscales](https://www.facebook.com/juecesyfiscales)

[www.juecesyfiscales.org](http://www.juecesyfiscales.org)

Medellín, Antioquia

# BERBIQUÍ 61 Junio de 2017

## CONTENIDO

### EDITORIAL

#### EL JUEZ

Director 3

#### EL JUICIO DE SUSTITUCIÓN

Defensa de la competencia para cambiar los acuerdos fundamentales

María Victoria Calle Correa 6

#### IDEAS RÁPIDAS SOBRE LA JUSTICIA COMUNITARIA EN EL MARCO DEL POSCONFLICTO

Mariano José Guerra Díaz 24

#### “Y, POR FAVOR, MIÉNTEME”: EL DESPLOME DE LOS ABSOLUTOS

Andrés Nanclares Arango 31

#### LA SEGUNDA INSTANCIA, DERECHO FUNDAMENTAL TAMBIÉN DE LOS AFORADOS CONSTITUCIONALES

Eudoro Echeverri Quintana 37

#### LA ORALIDAD EN COLOMBIA, UNA APUESTA AL PROCESO DEMOCRÁTICO

Rafael Antonio Matos Rodelo 49

#### CONTROL DE LEGALIDAD EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS

Ricardo León Carvajal Martínez 64

## EDITORIAL

### EL JUEZ

Palabra que tanto el ciudadano del común, como muchos entes administrativos, el legislativo y los medios de comunicación, tienen como sinónimo de justicia, lo que lleva a soportar responsabilidades que no nos incumben, en primer lugar, porque así hagan parte de la rama judicial, no es de nuestro ámbito y, en segundo lugar, que así sea de nuestra influencia, no es de nuestro pleno dominio, así se hable de autonomía e independencia en cuanto a la función constitucional de administrar justicia.

Es así como soportamos la avalancha de críticas e índices de desfavorabilidad y desprestigio de las encuestas, que son replicadas con bombos y platillos por todos los medios, sin que efectivamente se analice el problema desde una óptica consciente y real, ya que nada tenemos que ver con la labor legislativa del Congreso que es el que expide las leyes que rigen las funciones de fiscales y jueces, las que debemos interpretar y aplicar en cada caso en concreto, legislación que no corresponde a una política seria en un Estado Social de Derecho y, mucho menos, a una política criminal y de resocialización, sino a momentos coyunturales regidos por intereses económicos, politiqueros, de emotividad y protagonismo; por eso las contradicciones que resultan al hacerlas efectivas en los procesos, resultando como únicos responsables los jueces y fiscales, que son quienes en últimas las tienen que aplicar, so pena de incurrir en prevaricato o en faltas disciplinarias.

Todo lo anterior, agravado por las constantes expediciones de códigos y reformas, que propenden por la implementación de sistemas procesales foráneos, que requieren no solo el cambio de normas, sino hasta comportamientos sociales, culturales y modelos académicos, en lo que a derecho se refiere, esto es, un cambio de mentalidad (chip), como lo es el de la oralidad ya vigente en la jurisdicción ordinaria y en la contencioso administrativa, sin que se hayan tomado efectivamente decisiones encaminadas a lograr las estructuras requeridas para un buen desarrollo de este sistema, por falencias tan sentidas como son la falta de planeación y de presupuesto, soportando todo el peso de la improvisación los fiscales que no hacen sino amontonar carpetas, dándose el caso en la actualidad donde uno solo tiene a su cargo más de tres mil sin contar con una estructura investigativa que lo apoye en la

forma requerida, que es uno de los cimientos principales del sistema acusatorio, por lo que lo único que puede hacer es acumular y acumular, rendir estadísticas e informes, mientras es torpedeado por los continuos cambios estructurales que sufre la Fiscalía General de la Nación, como el que acaba de darse a raíz del posconflicto vía *fast track* (Decreto Ley 898 del 29 de mayo de 2017) y, los jueces, por su parte, sometidos a extensas jornadas de trabajo con el fin de cumplir con los términos perentorios de los procesos orales, sufriendo las angustias de la falta de salas de audiencias, de papelería, de recursos logísticos y técnicos, además de ello, asumiendo como su labor principal la de juez constitucional ante la avalancha de tutelas por el incumplimiento del Estado, tanto en lo que respecta con el sistema de salud, como pensional y de protección a las víctimas del conflicto, por lo que lo normal es que mínimamente en el día dicte un fallo de tutela, cuando no son dos o tres, más la prioridad que también le tiene que dar al correspondiente incidente de desacato por sentencia de tutela que dicte, pues ya ni siquiera se le da cumplimiento a esta providencia, haciéndose necesario recurrir a la sanción y, en muchos casos, ni aun así se logra que cese la vulneración del derecho fundamental protegido.

Pero, ante la opinión pública, ¿quiénes son los responsables de todo lo que tiene que ver con la justicia? Los jueces y fiscales, quienes en la realidad no somos sino otras víctimas de la improvisación, pues además de tener que soportar las críticas y el desprestigio de nuestra función, necesariamente somatizamos, física y mentalmente, la incertidumbre, angustia, presión y estrés laboral, resultando seriamente comprometida nuestra salud mental y, por ende, nuestro bienestar, sin que en la actualidad exista algún programa o plan de contingencia encaminado a mejorar el ambiente laboral donde ejercemos con nuestro equipo de trabajo, lo que nos asegura un futuro —de no tomar prontas determinaciones de gremio que nos ampare de las falencias anteriormente enunciadas—, de serios problemas físicos y mentales, así como que seamos sujetos pasivos de procesos por responsabilidad patrimonial, penal o disciplinaria, en los que se vean comprometidos nuestro patrimonio, nuestra libertad y hasta el cargo.

El panorama es oscuro y requiere que todos propendamos por prontas soluciones, ya que nuestra digna labor —que resulta irritable para muchos—, nos exige garantizar, como jueces constitucionales, la realización de los presupuestos de un Estado Social de Derecho y, como jueces y fiscales especializados, una pronta y eficaz administración de justicia, lo cual logramos con decisiones independientes, imparciales y ecuanimes, virtudes judiciales que conforman el núcleo ontológico de toda la práctica judicial, pero siendo conscientes de que las falencias que hoy afectan la rama judicial, no son nuestra responsabilidad, como se explicó anteriormente, y que la falta de planeación y presupuesto, que conlleva a que no exista la estructura que demanda la implementación de un sistema de oralidad, no se soluciona con que sacrifiquemos nuestra salud y bienestar, sometiéndonos, junto con el equipo de trabajo, a extenuantes jornadas laborales, ni trabajando sábados y domingos o llevando

trabajo para la casa, con lo que materializamos, ahí sí, un incumplimiento de una de las principales responsabilidades, que es nuestra autoprotección, y qué decir el tiempo que nos quitamos a sí mismos y a nuestra familia.

Es responsabilidad el cuidarnos física y mentalmente y, por ello, tenemos que tomar decisiones personales que conlleven a ese cometido, como es la de laborar únicamente ocho horas diarias, utilizando otras ocho en nuestra vida familiar y social, y las ocho restantes, para el descanso, decisión que debe provenir de todo el gremio judicial, pues de seguir así, se está contribuyendo a que estadísticamente se sostenga, que el número de funcionarios o de despachos judiciales, es el adecuado y que no se requiere de la creación de otras plazas. Las estadísticas actuales no reflejan la realidad, por el contrario, esconden el sudor, el sufrimiento, el estrés, el sacrificio de funcionarios y empleados, de parte de su existencia como seres humanos y la de sus seres queridos. Esto no puede seguir así. Y lo que es más grave, olvidamos que al trabajar por fuera de la jornada laboral, estamos exponiendo no sólo nuestro futuro sino el de nuestros colaboradores, pues ya se sabe que la ARL está negando pensiones o indemnizaciones por siniestros que se han dado por fuera de las ocho horas de trabajo. La cuestión es muy delicada y merece reflexión por todos los actores: empleadores, funcionarios y empleados.

Esa es la primer medida que estamos en mora de tomar como responsables de nosotros mismos, lo que no mejoraría nuestra imagen, pero que de todos modos, sí garantizaría un ejercicio más profesional de nuestras funciones y con más calidad, que conllevaría a legitimarnos social y moralmente y exigiría del Consejo Superior de la Judicatura, del ejecutivo y del legislativo —verdaderos responsables de la situación que actualmente presenta la Rama Judicial—, a que tomen las determinaciones que se requieren para que cuente con la estructura y presupuesto que exige su función dentro del esquema plantado en la Constitución de 1991, de un Estado Social de Derecho.

# EL JUICIO DE SUSTITUCIÓN

## DEFENSA DE LA COMPETENCIA PARA CAMBIAR LOS ACUERDOS FUNDAMENTALES

María Victoria Calle Correa<sup>1</sup>

El propósito de mi conferencia es exponer en qué consiste el juicio de sustitución de la Constitución y cuál ha sido su vida en la jurisprudencia constitucional.

Por supuesto, debo advertir que se trata de una mirada panorámica. Es imposible que se puedan abordar todos y cada uno de los complejos asuntos que la tesis del juicio de sustitución entraña, y que ha ocupado un papel protagónico en algunas de las decisiones más controversiales del pasado reciente en la jurisdicción constitucional.

Por tanto, como dije, haré una mirada panorámica, que me permita hacer una presentación sintética de la cuestión.

**¿Qué es un juicio de sustitución?**

**¿Cómo se ha usado el juicio de sustitución?**

El sentido básico de mi conferencia, como dije, será mostrar en qué consiste lo que la Corte Constitucional ha llamado el juicio de sustitución de la Constitución, y cómo, cuándo y para qué ha sido usado.

Sostendré que se ha delineado una línea jurisprudencial que ha mandado un mensaje claro a la sociedad:

La Constitución política entraña los acuerdos básicos para la vida en una sociedad libre y democrática, y su decisión fue confiar a la Corte Constitucional la función de asegurar que los cambios que se hagan a tales acuerdos, impliquen una *reforma* de los mismos o una *sustitución*, se hagan por la autoridad competente para hacerlos, y mediante los procedimientos establecidos para tal efecto.

La primera parte estará dedicada por tanto al “qué es” el juicio y la segunda al “cómo se ha usado”.

---

1. María Victoria Calle Correa. Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca. Expresidenta de la Corte Constitucional.

## ¿Qué es un juicio de sustitución?

Comencemos pues por el principio, por lo más básico.

Las definiciones que la doctrina ha dado de ‘Constitución Política’ son variados y diversos. Mi intención no es acá retomar todos aquellos sentidos, ni menos aún pretender dar el sentido único y definitivo de dicho concepto. Mi propósito es resaltar un aspecto central de una constitución política contemporánea, que suele ser pacífico.

A saber: una constitución política contempla los acuerdos fundamentales de una sociedad en cuanto a: (i) cuáles son los derechos fundamentales y básicos que se garantizan a todas las personas; y (ii) cómo se conforma, organiza y ejerce el poder público.

Ahora bien, la Constitución política confía la defensa de estos acuerdos básicos de la sociedad a la Corte Constitucional. Es su deber, mediante el ejercicio de sus competencias, proteger la defensa del orden constitucional vigente. Esto es, de acuerdo con los poderes que le fueron conferidos, debe evitar que esos acuerdos básicos sean desconocidos por las autoridades públicas.

Por supuesto, la Corte Constitucional no es el único órgano al que se le confiere la función de defender y proteger la Constitución. De hecho, ese es un deber y una función de toda autoridad pública. Lo que resalto, es la función primigenia que se confiere a la Corte Constitucional como órgano del Estado cuya existencia se justifica, fundamentalmente, como guardiana de la integridad de la Constitución política.

### **Constitución política**

Uno de los casos en los que es especialmente importante el control constitucional es, por supuesto, cuando se pretende introducir cambios a la Constitución política, esto es, cuando se pretende hacer modificaciones a los acuerdos estructurales y esenciales de una sociedad.

Con relación a tales casos puede surgir una pregunta simple: pero si la Constitución es lo que se está cambiando, ¿cómo ejercer su control la Corte Constitucional? En otras palabras, si la Corte protege los acuerdos fundamentales, y dichos acuerdos son objeto de modificación, ¿cuáles son los acuerdos que está protegiendo la Corte? ¿No debería aceptar sencillamente que tales cambios se produjeron y que, por tanto, de ahora en adelante su función es proteger esos nuevos cambios? Se podría alegar, por esta vía de argumentación, por lo tanto, que si la función de la Corte es proteger la Constitución, no debe controlar las reformas que de ésta se hagan, sino aceptarlas y hacerlas cumplir.



## **¿Por qué una reforma a la Constitución, por acto legislativo o por referendo, puede ser declarada inconstitucional?**

En otros términos, se podría preguntar, por ejemplo: ¿por qué una reforma a la Constitución, por acto legislativo o por referendo, que son dos de las vías contempladas para ello, puede ser declarada inconstitucional?

La respuesta a esta pregunta es sencilla. En la medida que las constituciones políticas suelen ocuparse de fijar, dentro de sus reglas y principios, cuál es el poder competente para cambiar la propia Constitución y mediante qué procedimientos debe hacerlo, es claro que la justicia constitucional tiene la función de verificar que en efecto si hay algún cambio al texto constitucional, este se produzca de acuerdo a las reglas para introducir tales cambios.

### **Una reforma a la Constitución por acto legislativo o por referendo puede ser declarada inconstitucional, por vicios de procedimiento en su formación**

En otras palabras, una reforma a la Constitución por acto legislativo o por referendo puede ser declarada inconstitucional si no se adoptó por parte de la autoridad competente para realizar tales actos, siguiendo el procedimiento establecido para ello. Esto es, si se incurrió en vicios de procedimiento en la formación del acto que sirva para cambiar la Constitución.

#### **Artículo 241, Constitución Política, “por vicios de procedimiento en su formación”.**

Por ello, expresamente la Constitución establece que la Corte Constitucional tiene la competencia para controlar actos mediante los cuales se reforme el texto constitucional, *“por vicios de procedimiento en su formación”*.

No se trata pues, de contrastar materialmente el contenido del nuevo texto constitucional con el anterior, sino, simplemente, de verificar que la modificación se haya hecho siguiendo las reglas que la propia Constitución haya fijado para que se puedan hacer tales cambios.

#### **Vicios de procedimiento en la formación de un acto.**

##### **Competencia**

La competencia de la Corte es, por tanto, con relación a que se hayan observado las reglas de procedimiento para formar un acto jurídico que reforme el texto constitucional.

La primera de esas reglas de procedimiento, por supuesto, es la competencia. En efecto, para saber si un acto cumplió con las reglas para poder ser producido legítimamente, es preciso establecer en primer lugar si la autoridad que lo emite tenía la competencia para hacerlo.

¿De qué sirve verificar que todos los pasos propios de un proceso de casación fueron cumplidos y observados a cabalidad, si la entidad que está alegando la validez de la sentencia de casación que dictó en dicho proceso es el Banco de la República?

En otras palabras, ¿de qué sirve que una entidad pruebe que cumplió con todas las reglas propias de procedimiento para dictar un determinado acto, si no cumple con la primera de aquellas reglas de procedimiento que consiste, precisamente, en tener competencia para expedir dicho acto?

### **Un juicio de competencia es un juicio de procedimiento, no es un juicio material.**

Al respecto es preciso, además, aclarar una cuestión. El juicio de competencia es un juicio de procedimiento, no es un juicio material. Es decir, se trata de evaluar una cuestión procesal, no una cuestión de fondo.

Volvamos a explicar la cuestión mediante el ejemplo que mencioné acerca de la sentencia de casación proferida por el Banco de la República y no por la Corte Suprema de Justicia, como corresponde.

Podría ocurrir, por ejemplo, que la sentencia proferida por el Banco fuera la mejor “sentencia de casación” que se haya dictado en la historia de Colombia. Podría ser, materialmente, la argumentación más acorde con la defensa de la Constitución Política. No obstante, en cualquier caso, bastaría un juicio procedimental para invalidar la supuesta sentencia. En la medida que aquel documento proviene del Banco de la República, que si bien es una entidad con una gran importancia en el orden constitucional vigente, no tiene la competencia para producir el acto en cuestión.

El juicio de competencia no supone por tanto, una evaluación material del acto que se haya producido, sino verificar si la autoridad con competencia para dictarlo fue la que en efecto lo dictó.

En tal sentido, la evaluación de los vicios de trámite en la formación de un acto que cambie la Constitución Política supone, entre otras cosas, establecer si la autoridad que haya producido el acto sí tiene la competencia para hacerlo.

### **Constitución política**

Es claro, entonces, que la función de la Corte Constitucional cuando se realiza una reforma constitucional es, ante todo, verificar que la reforma la haya hecho la autoridad competente para llevar a cabo dicho procedimiento, siguiendo las reglas adicionales de procedimiento establecidas.

Ahora bien, en este punto surge una inquietud ¿la facultad que se tiene para reformar la Constitución contempla la posibilidad de cualquier tipo de cambio? ¿Una autoridad re-

conocida o creada por la Constitución, puede ejercer la facultad o el derecho para reformar la carta política, incluso en aquellos casos en que los cambios son de tal entidad que no implican modificar lo que hay, sino cambiar completamente, alterar su sentido primigenio?

En otras palabras, ¿la posibilidad de reformar los acuerdos fundamentales previos de una sociedad libre y democrática incluye la facultad de omitir por completo los presupuestos esenciales de dichos acuerdos? ¿Reformar una Constitución hace referencia a cambios en el modelo constitucional vigente o también a la posibilidad de sustituir y alterar por completo dicho modelo? ¿Podría un poder constituido, por ejemplo, en virtud de la facultad de reforma, instaurar en Colombia la esclavitud, con el impacto que ello implicaría en la dignidad humana?

## **Cambios constitucionales.**

### **Reforma. Sustitución**

La respuesta de la jurisprudencia constitucional ha sido categórica. No todo cambio constitucional es igual. Existen cambios que suponen una reforma del orden constitucional que se encuentra vigente, mientras que otros cambios son de tal entidad, de tal envergadura, que no conllevan modificaciones a lo que existe sino una sustitución, un remplazo de lo que existe.

*“Lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra constitución. Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva constitución”.*

En la primera de las sentencias de la línea jurisprudencial en la materia, la sentencia C-551 de 2003, en la cual se ocupó la Corte Constitucional de una ley que convocaba a un referendo con el objeto de introducir una serie de cambios constitucionales en materia de reforma política, se dijo lo siguiente:

*“(…) lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución”.*

**Sustitución: alterar los principios y valores constitucionales estructurales. Modificar uno, muchos o todos los artículos de la constitución.**

Cabe pues, resaltar un primer aspecto. La sustitución de la Constitución no tiene que ver con cuántos artículos se modifiquen. Pueden cambiarse uno, muchos o todos los artículos de la Constitución y no existir necesariamente una sustitución de la misma.

Puede incluso cambiarse la totalidad del texto constitucional vigente por uno enteramente distinto, sin que se incurra, necesariamente, en una reforma de la Constitución.

La sustitución de la Constitución tiene que ver con alterar los principios y valores constitucionales estructurales de manera completa y radical. Ello podría ocurrir sin la necesidad de que se modificara gran cantidad del texto constitucional. A la vez, puede suceder lo contrario, es decir, que se cambie por completo el texto de la Constitución sin que los principios y valores constitucionales estructurales se vean alterados o sustituidos.

**Sustitución: alterar los principios y valores constitucionales estructurales y la existencia de cláusulas pétreas.**

La sustitución de la Constitución no tiene que ver, tampoco, con la existencia de cláusulas pétreas. No hay ninguna norma de la carta política fundamental que no pueda ser alterada.

Decir que quien tiene facultad de reformar la Constitución no tiene necesariamente la facultad de sustituir la Constitución, no implica sostener que existen artículos constitucionales que no pueden ser tocados o alterados. En tanto las modificaciones y alteraciones del texto constitucional no conlleven un cambio estructural y total del orden constitucional vigente, es posible alterar y modificar cuanto texto constitucional se quiera.

Pero son varias las precisiones que ha hecho la jurisprudencia constitucional respecto a que no se puede hacer un juicio constitucional en el cual se pretenda establecer si se ha introducido una modificación de tal envergadura que implique una sustitución.

**Sustitución: tratar la reforma constitucional como una ley de rango intraconstitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución.**

No se puede tratar una reforma constitucional como si fuera una ley que se expidió en desarrollo de la carta política que carece de fuerza para modificar la Constitución.

**Sustitución: se efectúa una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y contenido de la reforma, como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos.**

En este orden de ideas, establecer si existió una sustitución de la Constitución no consiste en efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma, como si el segundo no pudiera contradecir los primeros.

Se insiste, verificar si existió una sustitución no consiste en verificar si se cambió la Constitución. Consiste en determinar si el cambio es de una entidad tal que supone una alternación total de la estructura del orden constitucional vigente.

**Sustitución: limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original, sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trasciende que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente.**

En tal sentido, establecer si se dio una sustitución de la Constitución tampoco consiste en limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original, sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente.

### **Vicios de procedimiento en la formación de un acto.**

#### **Competencia para sustituir**

Así, cuando se modifica la Constitución política, la Corte Constitucional tiene la competencia para verificar si tales modificaciones se hicieron respetando las reglas de procedimiento que, para tales efectos, prevé la propia Constitución, siendo la competencia para llevar a cabo dicho trámite, la primera regla procesal en cuestión.

Ahora bien, en los asuntos en los cuales se ha reformado la Constitución, es preciso verificar que la autoridad respectiva tenía competencia para llevar adelante tal reforma, y en los casos en los cuales se trate de una sustitución, verificar que la autoridad tenía competencia para sustituir la Constitución.

#### **Asamblea Constituyente**

La jurisprudencia constitucional sobre la materia ha precisado con claridad, por lo menos, que una de las autoridades que, de acuerdo con la Constitución, podría abrir la caja de Pandora para llevar adelante una sustitución de la Carta Política es una asamblea nacional constituyente.

En tal caso, la protección que fijó la Constitución para la sustitución que eventualmente se haga, es el proceso de democracia participativa que inspira dicha institución. En efecto,

para que una Asamblea Constituyente tenga lugar, se requiere que se den espacios de democracia representativa y de democracia directa.

Un proceso constituyente de tal estilo supone, por una parte, la participación del Congreso de la República, foro de representación democrática por excelencia. A la vez, participan todos los ciudadanos en elección de la asamblea y, eventualmente, en su convocatoria y en la aprobación de su trabajo mediante su actuación directa. Finalmente, la propia Asamblea Constituyente es un escenario adicional para la representación política, pero en esta ocasión, elegida específica y especialmente para la labor de sustituir el orden constitucional vigente.

Se trata entonces de diferentes momentos y espacios de representación política y acción directa que se encadenan en un gran y largo proceso que ocurre en un determinado espacio de tiempo. No es pues una instancia de representación o una instancia de participación directa las que permiten sustituir la Constitución política, sino una serie de diferentes momentos.

### **¿Cuándo se está ante una sustitución de la Constitución?**

Pero sin duda, la pregunta central consiste en establecer cuándo se está ante una sustitución y cuándo ante una mera reforma. Es evidente que algunos cambios constitucionales podrán ser clasificados fácilmente como meras reformas, como meras alteraciones a la Constitución, mientras que en otros casos se está evidentemente ante casos en los que se sustituye la Constitución.

Así, por ejemplo, modificar levemente las funciones de los ministros del gobierno seguramente será un caso de una reforma constitucional que claramente no constituye una sustitución. De manera similar, una reforma constitucional que acabe con la democracia y el voto, e imponga la esclavitud y un senado hereditario en el que tengan asiento las familias más adineradas de la sociedad, como único poder constituido en el Estado, puede ser considerado un ejemplo fácil de sustitución de la Constitución.

La cuestión compleja para la justicia constitucional reside, por tanto, en lograr establecer criterios de análisis para los casos difíciles. Parámetros que le permitan al juez constitucional saber si está o no ante una sustitución de la Constitución, cuando se trate de una modificación constitucional que no se pueda identificar fácilmente como una mera reforma o como una alteración total.

### **Juicio de sustitución de la Constitución**

Ese es, pues, el juicio de sustitución: el conjunto de parámetros y criterios mediante los cuales un juez constitucional puede establecer si un cambio constitucional constituye o no

una sustitución a la carta fundamental. De tal suerte que sea posible, a su vez, establecer si la autoridad que expidió el acto respectivo que se evalúa, tenía la competencia para hacerlo.

En tal medida, paso a continuación a indicar en qué consiste concretamente dicha forma de análisis constitucional.

### **Juicio de sustitución de la Constitución, identificar el elemento definitorio**

En primer término, quien alegue que existió un vicio de competencia porque se sustituyó la Constitución por parte de una autoridad que carecía de competencia para ello, deberá identificar cuál es, a su juicio, el elemento o los elementos definitorios de la Constitución que estarían siendo alterados por completo por parte de la modificación constitucional evaluada.

#### **Juicio de sustitución de la Constitución**

##### **Identificar el elemento definitorio.**

##### **Evidenciar el elemento a lo largo del texto constitucional.**

**Mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución, integralmente considerada.**

En segundo lugar, se deberá mostrar que el elemento definitorio se encuentra incluido, efectivamente, en la Constitución. A la vez, mostrar por qué el elemento es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución, integralmente considerada. Esta evaluación no sólo busca evidenciar que el elemento definitorio que se alega que está en la Constitución efectivamente se encuentra expresamente consagrado en su texto, sino que dicha consagración se hace en varios momentos del texto.

Este requisito permite asegurar que se está defendiendo un elemento estructural de la carta política y no una cuestión accesorio.

Sirve, también, para asegurar que no se está pretendiendo petrificar alguna de las cláusulas constitucionales. Si se puede mostrar que el elemento definitorio se encuentra en varias disposiciones normativas, se está evidenciando a la vez que no se está protegiendo un artículo o una norma específica de la Constitución. Se asegura que no se pretende petrificar alguna de las normas.

Expresamente, la jurisprudencia ha considerado que se debe verificar si el elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 que se alega, es irreductible a un artículo de la Constitución, para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material.

Es preciso señalar, también, que demostrar que un elemento de la Constitución conlleva una nota definitoria de la identidad del orden constitucional supone no solamente consultar el texto completo de la Constitución. Es preciso mostrar también que dicho elemento fue definitorio en la historia constitucional, en la génesis de la carta fundamental, y en la jurisprudencia constitucional.

Si alguna característica de la Constitución le es inherente a ella, ello no sólo se deberá reflejar en su texto, sino en la historia del mismo y en la manera como ha sido interpretado y aplicado por las autoridades competentes para ello.

### **Juicio de sustitución de la Constitución**

**Identificar el elemento definitorio.**

**Evidenciar el elemento a lo largo del texto constitucional.**

**Mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución, integralmente considerada.**

**Mostrar que el elemento ha sido reemplazado, no afectado o modificado.**

En cuarto lugar, corresponde mostrar que el elemento definitorio que fue identificado, efectivamente fue reemplazado por algo diferente. No se puede tratar solamente de una afectación o de una modificación de dicho elemento. Deber mostrarse que se reemplazó por algo completamente diferente.

### **Juicio de sustitución de la Constitución**

**Identificar el elemento definitorio.**

**Evidenciar el elemento a lo largo del texto constitucional.**

**Mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución, integralmente considerada.**

**Mostrar que el elemento ha sido reemplazado, no afectado o modificado.**

**Mostrar que el reemplazo es opuesto o excluyente del elemento que existía**

Finalmente, se debe determinar que el elemento nuevo que constituye un reemplazo de elemento definitorio anterior es opuesto. Es decir, el nuevo elemento debe oponerse, debe implicar la exclusión del elemento definitorio anterior, de forma tal que sea inevitable una afectación completa a la identidad del orden constitucional.

Los anteriores momentos y criterios de análisis evidencian que el juicio de sustitución es complejo y exigente. No se trata de un tipo de reclamo usual en sede de constitucionalidad, que implica cargas mínimas de argumentación.



Se trata de alegatos complejos que requieren de un gran conocimiento en la materia y que suponen un esfuerzo argumentativo considerable, en ningún caso mínimo.

Establecer que existió una sustitución de la Constitución implica, por lo menos, identificar un elemento esencial de la carta, demostrar que ello es así a la luz del texto, la historia, la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad, que dicho elemento se cambió, que este cambio fue completo, no parcial, y que conlleva algo opuesto y excluyente de lo que existía.

### **¿Qué es un juicio de sustitución?**

### **¿Cómo se ha usado el juicio de sustitución?**

Una vez he indicado en qué consiste el juicio de sustitución de la Constitución, paso a hacer algunos comentarios con relación a cuál ha sido la vida de esa posición jurisprudencial.

Antes de abordar esta segunda parte plantearé cuáles son los riesgos de una tesis de este estilo.

#### **Sustitución: Juicio inane que nunca se aplica.**

#### **Juicio supremamente duro que impide reformas constitucionales.**

Que se tome de forma muy estricta los requisitos del juicio, de manera tal que sea prácticamente imposible mostrar que existe un caso de sustitución. En tal evento, la jurisprudencia constituiría un conjunto de palabras bonitas que, en realidad, no tiene vida alguna y difícilmente protege la Constitución.

La segunda posibilidad extrema, es que se tome la jurisprudencia de forma muy laxa, de forma tal que se considere elemento definitorio de la Constitución prácticamente cualquier aspecto de la misma, y remplazo de los elementos aludidos, cualquier tipo de cambio o alteración.

La jurisprudencia supone una aplicación responsable y matizada de las reglas mencionadas, que no convierta en elemento definitorio cualquier aspecto de la Constitución, pero que tampoco impida identificar como elementos definitorios de la carta sus características más esenciales.

En otras palabras, la protección de la competencia constitucional para sustituir la carta fundamental no puede ser una excusa para impedir reformas constitucionales válidas, ni tampoco una herramienta para legitimar alteraciones completas del orden constitucional vigente.

**¿Puede el poder constituido, con facultad para reformar la Constitución política, introducir un cambio a la misma, de tal magnitud que implique, no una reforma, sino un cambio estructural del orden constitucional vigente?**

C-551 de 2007, C-1200 de 2003, C-971 de 2004, C-818 de 2004, C-970 de 2004, C-1040 de 2005, C-153 de 2007, C-180 de 2007, C-588 de 2009, C-141 de 2010, C-303 de 2010, C-397 de 2010, C-559 de 2010, C-574 de 2011, C-286 de 2012, C-317 de 2012.

Una revisión de las sentencias más importantes que la Corte Constitucional ha producido con relación al tema, evidencia que la jurisprudencia en esta materia ha sido constante y reiterada.

La cuestión que ha resuelto la jurisprudencia puede plantearse en los siguientes términos: ¿puede un poder constituido, con facultad para reformar la Constitución política, introducir una modificación a la misma de tal magnitud que implique un *cambio estructural* del orden constitucional vigente?

La respuesta de forma reiterada ha sido la misma: un poder constituido con facultad para reformar la Constitución política, *no* puede introducir una modificación de tal magnitud que implique un *cambio estructural* del orden constitucional vigente, por cuanto ello conllevaría una sustitución de la Constitución. En la medida que los poderes constituidos, no constituyentes, tienen competencia para reformar la carta, no para sustituirla. De permitirse tal situación, se incurriría en un vicio de procedimiento en la formación de tal acto, por falta de competencia.

Pero esta respuesta, valga decir, no ha sido radical. La construcción del juicio de sustitución ha supuesto también la creación de una serie de parámetros y criterios:

C-551 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett. S.P.V Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Sierra Hernández).

C-1200 de 2003 (M. P. Manuel José Espinosa y Rodrigo Escobar Gil. S. V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández).

C-816 de 2004 (M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes. A. V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Uprimny Yepes, Clara Inés Vargas Hernández Y Marco Gerardo Monroy Cabra. S. V. Manuel José Cepeda Espinosa).

C-970 de 2004 (M. P. Rodrigo Escobar Gil. A. V. Humberto Antonio Sierra Porto. S. V. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería)

C-971 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; S.V. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería)

C-1040 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; S.V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño; S.P.V. Humberto Antonio Sierra Porto)

C-153 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; S.V. Jaime Araujo Rentería; A.V. Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto)

C- 180 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; A.V. Humberto Antonio Sierra Porto; S.V. Jaime Araujo Rentería)

C-588 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; S.V. Mauricio González Cuervo, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Ignacio Pretelt)

C-141 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; S.V. Mauricio González Cuervo y Jorge Ignacio Pretelt Chlajub; A.V. María Victoria Calle Correa, Nilson Elías Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto)

C-303 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; A.V. María Victoria Calle Correa y Juan Carlos Henao Pérez)

C-397 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; S.V. María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Jorge Ignacio Pretelt Chlajub; A.V. Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza)

C- 569 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; A.V. María Victoria Calle Correa y Juan Carlos Henao Pérez)

C-574 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; S.V. Mauricio González Cuervo; A.V. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Nilson Pinilla Pinilla)

C-288 de 212 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; S.V. Humberto Antonio Sierra Porto, A.V. Nilson Pinilla Pinilla y Mauricio González Cuervo.

C-317 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa; S.V. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub; S.P. Mauricio González Cuervo y Nilson Pinilla Pinilla; A.V. Luis Ernesto Vargas Silva)

No obstante, una mirada que incluya no solamente los ponentes de las sentencias, sino también los salvamentos y las aclaraciones de voto, muestra que no se trata de una jurisprudencia pacífica, que no tenga puntos de vista encontrados al respecto.

Existe la posición minoritaria que aboga para que la Corte nunca haga un juicio de sustitución a la Constitución. Pero a la vez, han existido voces que abogan para que el juicio de sustitución sea de más fácil aplicación y pueda concederse y aceptarse en más ocasiones.

En todo caso, como se mostró, si bien la tesis ha sido polémica y debatida dentro de la Corte, se ha logrado construir un consenso al respecto, el cual ha sido reiterado tanto por la Corte Constitucional que estuvo hasta el año 2009, como la Corte que comenzó a partir de ese momento.

En la primera de las sentencias, la C-551 de 2003, la Corte Constitucional plantea la cuestión del vicio competencial y el juicio de sustitución a la Constitución. Sin embargo no desarrolla la tesis en extenso ni es aplicada. En este caso, se planteó la cuestión de si a través de un referendo se podía sustituir la Constitución.

En la segunda de las sentencias, la C-1200 de 2003, se estudiaron unas facultades legislativas delegadas al Presidente de la República transitoriamente. Se reiteró que sí existe el vicio competencial por sustitución a la Constitución, pero a su juicio en el caso concreto no se había cumplido la carga respectiva.

En la tercera sentencia, la C-816 de 2004, se estudió el acto legislativo que servía de base al estatuto antiterrorista. En esta oportunidad la Corte reiteró que el juicio de sustitución existe y es aplicable, pero que en la medida en que los cargos procedimentales restantes bastaban para tomar una decisión, deliberadamente se resolvía dejar de lado el cargo de sustitución y no analizarlo.

En la cuarta sentencia, la C-970 de 2004, se reiteró el juicio de sustitución y se aplicó, por cuanto se consideró que la demanda sí cumplía con la carga argumentativa requerida. Sin embargo, la Corte decidió que no se había incurrido en un vicio competencial para sustituir la Constitución. Dijo concretamente en dicha ocasión:

“Con base en las anteriores consideraciones, concluye la Corte que al facultar al Presidente de la República para que, si oportunamente no lo hiciera el Congreso, profiera las normas legales necesarias al sistema acusatorio, el poder de reforma constitucional no incurrió en un vicio de competencia, por cuanto tales facultades no comportan una sustitución de la Constitución”.

En la quinta sentencia, la C-971 de 2004 se procedió de forma muy similar a como se hizo en la sentencia C-970 de 2004. En dicha ocasión dijo la Corte lo siguiente:

“Con base en las anteriores consideraciones concluye la Corte que al facultar al Presidente de la República para que, si oportunamente no lo hiciera el Congreso, adopte mediante decreto con fuerza de ley las normas electorales que desarrollen el artículo 109 constitucional sobre financiación de partidos y campañas políticas antes de la rea-

lización de las elecciones departamentales y municipales venideras, el poder de reforma constitucional no incurrió en un vicio de competencia, por cuanto tales facultades no comportan una sustitución de la Constitución, ni total ni parcial”.

En la sexta sentencia, la C-1040 de 2005, la Corte Constitucional estudió la reforma constitucional que introdujo la primera reelección presidencial y las normas restantes mediante las cuales se preservaba el equilibrio de poderes. La Corte consideró que una reelección presidencial, con medidas que buscaban balancear el poder, no implicaba una sustitución de la Constitución. Consideró la Corte que

“[...] la supresión de la prohibición conforme a la cual no podía ser elegido presidente quien a cualquier título hubiese ocupado la presidencia, es, desde la perspectiva que se ha venido analizando, una materia que se desenvuelve en la órbita del poder de reforma constitucional, sin que, por lo mismo, pueda señalarse que en el acto legislativo acusado el Congreso de la República, actuando como reformador de la Constitución, haya incurrido en un vicio de competencia”.

No obstante, por otra parte, la regla según la cual si la ley de garantías no era expedida por el Congreso, la misma debería ser expedida por el Consejo de Estado, sí se consideró una sustitución de la Constitución. Así, en aquella oportunidad se dijo, que

“[...] esa atribución al Consejo de Estado supone una sustitución parcial y temporal de la Constitución consistente en que durante el tiempo en que dicho legislador extraordinario adopte a su arbitrio las normas obligatorias para todos los ciudadanos, la Constitución dejará de ser suprema. Las eventuales decisiones puntuales en casos concretos que quizás pueda llegar a adoptar algún juez, por vía de la acción de tutela o de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, representan posibilidades remotas y en cualquier caso son manifiestamente inocuas frente al hecho de que las elecciones presidenciales se habrán de realizar bajo la égida de las determinaciones que adopte el legislador extraordinario y temporalmente supremo. Entonces la supremacía de la Constitución, expresión máxima de la soberanía inalienable del pueblo, es reemplazada por algo integralmente diferente, o sea, por la soberanía transitoria del legislador extraordinario sin origen, composición o funcionamiento democráticos”.

La séptima sentencia, la C-153 de 2007 se ocupó de una reforma constitucional en materia pensional. En este caso, la Corte reiteró la existencia del juicio de sustitución, pero se inhibió de pronunciarse de fondo, por considerar que no se había cumplido con la carga argumentativa requerida.

La octava sentencia, la C-180 de 2007 se ocupó de la misma reforma constitucional y resolvió, igualmente, inhibirse por no cumplir la demanda con las cargas constitucionales exigidas.

La novena sentencia, la C-588 de 2009 estudió una reforma transitoria de la Constitución en materia de concursos. A pesar de que las normas transitorias no modificaban los artículos constitucionales en los que se funda el carácter meritario de la asignación de cargos del Estado y su respectivo régimen de carrera administrativa, tenían el efecto práctico de dejar sin efecto y aplicabilidad las normas constitucionales en cuestión. Por tanto, si bien pareciera que la carrera administrativa no se retiró del texto constitucional, el efecto práctico de la reforma introducida era dejarla sin ningún efecto. La Corte consideró al respecto lo siguiente:

“La modificación tácita que tiene lugar en la mayoría de los artículos mencionados a lo largo de esta providencia demuestra, fehacientemente, que el Congreso de la República quebrantó la Constitución, con el único propósito de imponer una decisión *ad-hoc* que beneficia a un grupo de personas y que, además, quiso amparar la efectividad de ese propósito colocándolo bajo el manto de una reforma constitucional que, como se ha demostrado, de tal, si acaso, únicamente tiene el nombre.

[...]

La Corte observa que la sustitución parcial y temporal operada por el artículo 1.º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 es de más amplio espectro, pues, conforme se ha apuntado, al reemplazo del contenido del artículo 125 superior por otro integralmente distinto, sigue la sustitución de aquellos contenidos constitucionales que, según la propia jurisprudencia constitucional, tienen relación directa con la carrera administrativa y, como si esto no bastara, se acaba de demostrar que a esos motivos inicialmente verificados, se suman la afectación de la supremacía constitucional, del principio de separación de poderes y de la pretensión de universalidad de las reglas. [...].”

Finalmente, en la décima y última sentencia, la C-140 de 2010, la Corte estudió la reforma constitucional que introdujo la segunda reelección presidencial. En este caso se reiteró la jurisprudencia, se aplicó y se consideró que sí había existido una sustitución de la Constitución. Para la Corte, si bien se había señalado que la prohibición de la reelección presidencial no era un elemento definitorio de la Constitución, sí lo es el principio de frenos y contrapesos, en virtud del cual el poder ha de estar dividido y balanceado. Una reelección presidencial, con las correspondientes garantías para los demás actores políticos, implicó una afectación significativa de ese elemento definitorio mas no una sustitución. No obstante, una segunda reelección presidencial en un sistema presidencial, sin incluir reglas que implicaran un balance entre los poderes, sí implicaba desconocer el principio de frenos y contrapesos y remplazarlos por un elemento definitorio distinto, además de desvanecer los controles al poder ejecutivo y la separación de las ramas del poder. Al respecto dijo la Corte:

“[...] la segunda reelección y el tercer período consiguiente implican un quebrantamiento de la Constitución y que esa rotura sustituye varios de los ejes definitorios

de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva.

Repárese en que el desvanecimiento de los controles, la falta de equilibrio y la consecuente afectación del principio de separación de poderes, tienden a traducirse en actuaciones desligadas de evaluaciones externas y del juicio derivado de esas evaluaciones, así como en desequilibrio y concentración de poderes en el ejecutivo, que son elementos totalmente opuestos o contrarios a los originalmente plasmados en la Constitución con la finalidad de evitar el desbordamiento del poder ejecutivo y de imponerle la moderación que le impidiera invadir órbitas competenciales ajenas a sus funciones, ya de por sí numerosas e importantes”.

En conclusión, de las 10 ocasiones en las que se ha planteado la cuestión ante la Corte, en todas ellas se ha considerado que existe un juicio de sustitución a la Constitución, que busca evitar un vicio competencial. Esto es, que una autoridad que tenía la facultad de reformar la Constitución pero no de sustituirla, no haya incurrido en un acto que sea de la dimensión del segundo tipo.

De las 10 sentencias contempladas, en cuatro de ellas no se aplicó el juicio de sustitución por considerar que la carga argumentativa no se había cumplido. En una más, se consideró que no era necesario aplicarlo, por cuanto otros cargos ya habían prosperado y eran suficientes para dar un pronunciamiento de inconstitucionalidad.

En los 5 de los 10 casos en los cuales el juicio fue considerado y aplicado, se negó en dos, se concedió en dos y en uno de ellos se concedió y se negó.

Esto permite evidenciar entonces varias cosas. La cantidad de sentencias en que se usa el juicio de sustitución muestra que es probable que muchas de las demandas en tal sentido no hayan sido siquiera admitidas para su conocimiento. De las que han sido admitidas y fueron consideradas en la presente sentencia, se evidencia que en casi la mitad de los casos no se ha dado pronunciamiento alguno, por considerar que no existen cargos susceptibles de análisis en sede de constitucionalidad.

Por tanto, se trata de un argumento que la Corte Constitucional se toma muy en serio y que con dificultad prospera.

Ahora bien, los tres casos en los cuales se ha verificado una sustitución, se trata de situaciones en las que claramente estaba algún elemento definitorio de la Constitución en juego. O bien, se trató del principio de separación de poderes, del principio democrático de legislación, del principio de frenos y contrapesos o el mandato de una carrera administrativa. Los tres casos versan sobre elementos definitivos y estructurales.

**Sustitución.**

**Juicio inane que nunca se aplica.**

**Juicio razonable que se aplica cuando corresponde.**

**Juicio supremamente duro que impide reformas constitucionales.**

Puede concluirse, entonces, que el juicio de sustitución no es inane ni exagerado. La vida del juicio de constitución ha sido razonable.

Es exigente y muy difícil de ser empleado, pero cuando corresponde, la Corte ha protegido que los elementos definatorios de la Constitución no sean alterados sin contar con la competencia para poder hacerlo.

### **Juicio de sustitución de la Constitución**

Como lo dije al inicio, la Constitución política entraña los acuerdos básicos para la vida en una sociedad libre y democrática, y su decisión fue confiar a la Corte Constitucional la función de asegurar que los cambios que se hagan a tales acuerdos, impliquen estos una reforma de los mismos o una sustitución, se hagan por la autoridad competente para hacerlos, y mediante los procedimientos establecidos para tal efecto.

En especial, la jurisprudencia se ha encargado de evitar que quien tenga la facultad, como poder constituido, de reformar la Constitución, la cambie hasta el punto tal que la sustituya.

Esta es pues, la mirada panorámica a qué es el juicio de sustitución y a cómo ha sido su vida y desarrollo, que quería compartir con ustedes el día de hoy.

Muchas gracias por su atención.



# IDEAS RÁPIDAS SOBRE LA JUSTICIA COMUNITARIA EN EL MARCO DEL POSCONFLICTO

Mariano José Guerra Díaz\*

Me parece importante que pensemos y propongamos una justicia donde un papel protagónico desde la base de la misma justicia recaiga en el pueblo, en las comunidades. Es decir, hablar de una justicia comunitaria, que sea capaz, en el marco de su identidad e idiosincrasia, de resolver sus conflictos. Alejémosnos un tanto de la siempre presente propuesta de la Reforma a la Justicia en el sentido formal, que implica lo concerniente a la aplicación de las leyes en medio del proceso, a través de autoridades e instituciones establecidas por el Estado en su marco normativo.

El Estado colombiano y muchos de sus funcionarios judiciales han generado y dejado vacíos, (hemos dejado) o que en el mejor de los casos no han resuelto (no hemos resuelto); esto en la construcción de una acertada política judicial, pues las reformas a la justicia son una colcha de retazos que no resuelven de fondo los grandes males que tiene. Las reformas siempre se hacen desde la centralidad, sin tener en cuenta las localidades, la ruralidad, las entidades y organizaciones, litigantes y ciudadanía en general. Muchas comunidades han quedado al margen de nuestra justicia.

Lo que no significa, como bien sabemos, que en ellas no existan mecanismos para aplicar normas. La comunidad colombiana, en general, registra su desconfianza hacia una administración de justicia, pues para ella es difícil acceder a ella, la observa como paquidérmica, pero sobre todo muy lejana en su aplicación. Cómo hacer para que el ciudadano de a pie pueda sentirse recogido y protegido por la justicia. Es allí donde debemos actuar.

El pueblo, que hasta ahora se encontraba al margen de nuestra justicia, ha recurrido a diversos mecanismos para la solución de sus conflictos. La autoridad de los grupos armados ha facilitado esta situación. Con personas en el territorio, reconocidas por las comunidades como líderes o autoridades, las FARC ha podido ocupar, en el campo, en las poblaciones indígenas y en diversos sectores, el papel de mediador y juez. Además, las diversas institu-

---

\*Abogado de la Universidad de Antioquia, con especializaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia y Gestión Humana de la Universidad Pontificia Bolivariana. Se desempeñó como empleado de la Fiscalía General de Nación en Medellín. Abogado de víctimas y de Derechos Humanos, así como profesor en la Universidad Cooperativa Sede Itagüí. Actualmente se desempeña como Juez Promiscuo de Toledo. Antioquia.

ciones estatales han perdido credibilidad y los procesos judiciales, en la mayoría de los casos, bien sea por costos, tiempos o pensamiento en contra de los administradores de justicia, no se han dado, porque en su lugar el pueblo prefiere recurrir a otras autoridades o tomarse la justicia por su propia cuenta.

Los espacios de justicia han sido tomados por el pueblo y, los mecanismos alternativos para la solución de conflictos que desde el Estado se han establecido en las comunidades han resultado ineficaces, en cuanto a que no son utilizados y en cuanto a que no dan una respuesta a las necesidades terapéuticas y preventivas que debería involucrar una justicia comunitaria. En la rama del poder judicial hemos acostumbrado a privilegiar las acciones ordinarias, en detrimento de las identidades, las pertenencias y las culturas que conforman nuestro país. Por ello, consideramos que en el acceso y la aplicación de la justicia, el pueblo debe tomar un nuevo papel.

El papel que pensamos que debe tomar el pueblo no debe ir en contra de la Constitución, ni debe violentar los derechos fundamentales de los seres humanos. Debemos recordar siempre que Colombia es un Estado Social de Derecho. La justicia, vista desde este ámbito no formal, será una justicia ágil, espontánea, y que no es negociada previamente, y por lo tanto, es mediada en el acontecer, con base en la vida de las comunidades y no en los códigos, muchas veces inaplicables a estas situaciones. Sin embargo, esta justicia no puede desligarse de la justicia formal y esta última tampoco puede darle la espalda al ser humano y al conflicto. Ambas justicias deben ser paralelas.

Muchos han venido opinando sobre la justicia en Colombia, o al menos del deber ser de ésta en un momento importante para la historia del país que quiere enrutar pasos firmes hacia el posconflicto, en el marco del Acuerdo de La Habana.

La justicia, en lo formal, es aquella que tiene como función dirimir los conflictos suscitados entre distintos actores y en la cual son las autoridades de la rama judicial los encargados de ello. Pero hoy, ésta cabalga sobre su propia crisis y deterioro de la imagen de sus funcionarios, que socava las bases del sistema judicial. Esa crisis se presenta como un fenómeno social cíclico que desmorona las estructurales estatales y permea las instituciones, de tal manera que el soborno, la corrupción, las cooptaciones entre amigos, la ausencia de una real y efectiva política pública de la justicia por parte de un supuesto Estado Social de Derecho, como el colombiano, evidencia lo traumático que es ser, hoy, juzgado en esas condiciones.

Es Colombia un país con profundas desigualdades sociales y económicas, a lo largo y ancho de su territorio, donde la afectación llega a grandes conglomerados humanos que requieren aplicación de manera inmediata de políticas estatales que resuelvan sus conflictos y necesidades, siendo una de ellas la justicia.

Ésta tiene un déficit de aplicabilidad y el ciudadano común y corriente lo palpa, pues al intentar acceder a ella, encuentra tantas trabas como sean posibles para que el funcionamiento de la institucionalidad lo pueda cobijar.

Se discute hoy, más que antes, en el país, sobre la paz y su contenido y de éste, no puede escapar la justicia que dignifique la democracia, la libertad, la tolerancia y sobre todo que cimente los cambios sustanciales, en los cuales descansen tanto ella como la justicia. Esta última debe llegar a todos los lugares recónditos del país, en los cuales, desde luego, debe empezar su reafirmación con los mínimos de accesibilidad y aplicación, desde la cotidianidad, sin los eufemismos de los formalismos de tantos trámites procesales. Estos elementos deben tenerse en cuenta para efectos de una profunda reforma sin que sean los “escándalos mediáticos y superficiales” (Manrique, 2016), los que orienten el futuro de la justicia y de la nación. Ese será uno de los intereses emanados del pueblo. No sólo se requieren cambios normativos y mayor presupuesto para la justicia, sino también cambios culturales, estructurales y funcionales del sistema.

Así las cosas, la justicia aplicable en el país, y sobre todo en las zonas donde hicieron presencia las FARC-EP, debe privilegiar la no formal, y ello por la poca capacidad de respuesta del Estado colombiano en brindar servicios judiciales eficientes y de manera cumplida. Además el Estado es ineficiente en la prestación del servicio fundamental de garantizar a cada quien su derecho. Él ha abandonado a grandes territorios, sobre todo campesinos, sin el reconocimiento de los mínimos vitales de subsistencia de sus conciudadanos, como las vías de comunicación, servicios públicos, productos e insumos agropecuarios y tierra, entre otros. A cambio, ha contribuido con la violencia y la estigmatización de auxiliadores de la guerrilla a los habitantes de esas zonas. Tener en cuenta las condiciones sociales y culturales, es fundamental para cimentar una nueva concepción de justicia en Colombia, emanada del pueblo.

Como lo dice la historiadora María Alejandra Puerta, el Estado, en muchos lugares, no ha sido más que sus propios funcionarios y no permiten que otras personas, éstas sí, sin contraprestación alguna, puedan cumplir con ciertas funciones, no delega. Sus dinámicas en esos casos son tan abstractas como su presencia.

El papel de la justicia será fundamental en el devenir del nuevo país que se ha de construir o, en principio, reconstruir. Su aplicación y el acceso a ella, en función de la administración en general de justicia, convoca a todos los sectores que le sirven como operadores y a aquellos que serán sujetos directos y a quienes muchas veces encontramos en la parte rural, alejadas de las ciudades y del centro “justiciero” de las altas cortes y del legislador. Estas figuras sólo se acuerdan de esa población al momento de las elecciones y de las cargas impositivas del Estado.

La implementación de la justicia no formal en el país solo ha servido para evidenciar que existen mecanismos de prevención y de resolución de conflictos en el territorio, de los cuales pueda servirse la comunidad. Sin embargo, éstos son inoperantes porque, o bien son engorrosos en sus trámites, o no llegan a toda la nación o, porque los funcionarios que deben aplicarlos y desarrollarlos acuden a su consuetudinaria negligencia y los resultados nunca son los esperados.

Capacitar a miembros de la comunidad en temas de convivencia ciudadana, con criterios de identidad popular y comunitaria, reivindicando la cultura y pensamiento propios de su hábitat, para resolver las diferencias presentadas entre ellos, permitirá evitar la judicialización de sus asuntos.

Esto vincula más al pueblo como agentes, reales y efectivos, a favor de la paz y, a potenciar un verdadero sistema judicial del cual puedan hacer parte. Son esos miembros, nacidos y conocedores de la realidad en la que asisten, los más idóneos para coadyuvar o administrar sus conflictos entre pares. El Estado debe empezar por el reconocimiento de la autonomía de la cual deben gozar las comunidades para la administración de la justicia y la resolución de sus conflictos, basados en el reconocimiento de figuras nominadas por la propia comunidad y la validación de sus actuaciones ante el sistema judicial nacional.

Esos miembros surgen del seno de la propia comunidad, de las juntas de acción comunal, de las asociaciones de campesinos y pueden, a su vez, convertirse en forjadores de paz, necesarios para el futuro de la construcción de ciudadanía, de democracia profunda y de paz duradera que necesita Colombia.

Se requiere articular la institucionalidad, por un lado, y las redes sociales de campesinos y comunitarias en general existentes, en lo rural y en lo urbano, por otro lado. También, para ello, es preciso crear espacios dispuestos para tal ejercicio. El Estado colombiano, tal como lo dispone la ley, ha promovido las instancias, lo cual quiere decir que hay que potenciar mucho más las capacidades de funcionamiento de los entes territoriales locales, donde las alcaldías municipales hagan parte efectiva de las coordinaciones en la implementación, aplicación y administración de la justicia comunitaria. Ellos, con base en las leyes y acuerdos, promoverán que las inspecciones de policía, corregidores o regidores o comisiones exclusivas para ello, de las juntas de acción comunal veredales, cumplan también con la ejecución de tal propósito.

Para profundizar la democracia en el país y los espacios de socialización de los conflictos, es imperativo dotar a todos los operadores de justicia y al mismo sistema de aplicación de la misma y la comunidad en general una mayor apropiación de la justicia social. Entendida ésta como la igualdad de oportunidades y de derechos humanos de todas las personas en la sociedad, dirigida a la convivencia pacífica en el medio en el que se asista como tal y en perspectiva de construir una sociedad más justa, menos desigual y sin exclusión social como la que actualmente tenemos. La justicia, desde la formal, pasando por la no formal, debe generar en imperativos categóricos de construir un nuevo país con profunda y verdadera democracia social, donde sea la persona el centro de atención y no las instituciones. También debe permitir que las localidades rurales y urbanas, con sus organizaciones sociales y populares en general, ayuden a construir políticas públicas desde la justicia no formal. Ello permitirá a futuro tener sociedades más justas, autoridades e instituciones actuantes, eficientes y eficaces.

Haciendo un recorrido por lo que entienden algunos países por justicia comunitaria, observamos cómo en el Perú ella llega en principio como una manera de autoadministrar justicia propia, en tanto no acogen leyes, para ellos inadecuadas, lo que significa una especie de inaplicabilidad de las mismas, además por fenómenos de corrupción. La experiencia lleva a sostener que *“La organización vecinal resuelve los conflictos por la posesión y mejor derecho sobre los lotes del asentamiento. Llega, inclusive, a resolver problemas familiares, distribuyendo los bienes comunes entre esposos y convivientes. Hay casos extremos en que reprime a los delincuentes con todo tipo de penas, entre los que a veces se aplica hasta la muerte”*. (Gherzi, 1994). Así como ese caso, existen otros, en los que microbuseros y choferes, resuelven sus conflictos mediados por sus propias organizaciones sindicales, entre otros, y evitando llegar a la jurisdicción voluntaria, y dando, como lo sostiene el autor, la sensación cierta de que nada es desordenado en ese país.

En Bolivia, la justicia comunitaria se constituye a través del derecho consuetudinario, *“...mediante la cual se sancionan conductas que se entienden reprobables y se gestionan conflictos con capacidad regulativa en un ámbito social comunitario, sin la intervención del Estado ni de su burocracia”*. Es un sistema autogestionado y consensual.

El sistema judicial en Cuba contempla la existencia de jueces profesionales y jueces legos. Estos últimos surgen del pueblo y pertenecen directamente a las comunidades y a sus organizaciones y son elegidos democráticamente. Ellos dirimen los conflictos de sus propias municipalidades y trabajan de manera conjunta con los jueces profesionales por la administración de justicia en ese país.

En Colombia tenemos legislación que supone ciertas prácticas de este tipo de justicia que se ha sugerido en este documento, pero que no encuentran respuestas ciertas y convalidadas por las comunidades, pues está lo dicho arriba, de lo engorroso de los trámites, de los costos y de la no aplicación en todo el territorio nacional. Los jueces de paz se quedan en las ciudades y en pocos municipios y sus cabeceras; los conciliadores en equidad, no dejan de ser un sofisma sobre el cual el sistema de justicia justifica el aumento de las penas y la judicialización de conductas que pueden ser resueltas amigablemente por el pueblo y sus organizaciones, tal como ya se ha expuesto.

Parece ser que uno de los principales impedimentos que tendría el país para implementar esta justicia desde el pueblo que proponemos en el día de hoy, radica en el imaginario de la justicia que tienen las comunidades. Muchos de las poblaciones en quienes hoy el poder judicial no llega, los administradores de justicia no tienen buena imagen entre sus habitantes y sus decisiones siempre son vistas como injustas. Pocas propuestas podrían hacerse de la rama, si primero no se establecen mecanismos que permitan cambiar estos imaginarios.

El cambio de un imaginario es un proceso largo, que implica no solo la educación del pueblo en cuanto al conocimiento de sus derechos, sino también el establecimiento de otras medidas que permitan revalorizar las figuras que administran justicia. Los escenarios de

corrupción y clientelismo, les han hecho mucho daño a las escasas figuras mediadoras que desde la rama se han propuesto para solucionar los conflictos en los lugares más apartados, y en general en todo el sector rural. La rama judicial y entes como la escuela judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, entre otras, deberá comprometerse en ser entes de formación que participe con programas y proyectos, para que las comunidades puedan ser educadas con base en criterios democráticos, pluralistas, sin exclusión de ningún tipo. Pretendemos contribuir en el inicio de una justicia democrática (libertaria) para una nueva Colombia, donde estos escenarios de corrupción se cambien por escenarios participativos donde las comunidades puedan, entre otras cosas, participar activamente de la administración de justicia.

Conocemos de antemano la significatividad que adquiere el proceso que se propone hoy (que no es novedoso) como base para incorporar medidas no formales de administración de justicia en el país. Sin embargo sabemos que en el transcurso de este proceso, que se inscribe en todos los ámbitos de la formación ciudadana, podríamos tardar años, lo que implicaría que la implementación se vea retrasada en el tiempo en cuanto a su ejecución. Por esta razón, considera que el proceso de formación de nuevos imaginarios con relación a la justicia, debe darse a la par de la creación de nuevas figuras civiles que ayuden en la mediación de los conflictos.

La creación de estas nuevas figuras no implica el establecimiento de nuevas organizaciones. Por el contrario, pretende involucrar y dinamizar los diversos espacios que ya se han creado en las zonas rurales como las juntas de acción comunal, regidor y las inspecciones de policía, en los procesos que en las comunidades puedan solucionarse a través de la conciliación. Involucrar y dinamizar los mencionados espacios comunitarios para que éstos puedan administrar justicia en procesos conciliatorios y que tengan validez y surtan los efectos del caso, como pensamos que podría hacerse, implica la consolidación de comunidades deliberativas y participativas, con capacidad de tomar decisiones en conjunto de la manera más asertiva posible.

Esperamos que esta manera de entender la justicia comunitaria, no solo ayude a solucionar conflictos en los espacios de conciliación, también creemos que puede convertirse en un gran factor que potencie la participación y la democracia en las comunidades. Lo que pensamos que debería ser justicia comunitaria, no es más que la instancia final de la resolución de un conflicto en asamblea, mediante los actos de escucha y participación de toda la comunidad. Se espera que las decisiones sean más acertadas y aceptadas por las personas en la medida en que ellas tengan parte en el acuerdo realizado. Además se espera que, de igual manera, la sanción pública opere para mejorar la administración de justicia y los comportamientos de los ciudadanos en sus poblaciones.

Una comunidad es suficiente instancia para solucionar conflictos que en primera, pueden conciliarse. Una comunidad en conjunto, claro está que con un funcionamiento jerár-

quico establecido, como lo hacen muchas comunidades indígenas, está en capacidad de validar y asumir sus decisiones y de tomar medidas de sanciones públicas para quienes los incumplan. No se trata de una persona. Una persona sobre la cual se delegue este poder sin acompañamiento social, no podrá lograr que sus decisiones tengan efectos como los que describimos en su comunidad. Lo mismo pasará con los acuerdos entre las partes, que podrán violentarse de manera más fácil, que cuando estos tienen la sanción social. Por lo tanto, son las comunidades las llamadas a elegir a sus administradores de justicia y acompañar el proceso.

No esperamos que todas las comunidades estén en capacidad de asumir de igual forma lo que se propone, sin embargo, considero que resignificar y devolverle su valor social a las instancias de las JAC, las comisarías y las inspecciones de policía, puede ayudar a una administración de justicia más social. Esto también tendrá implicaciones sobre la justicia formal. Los documentos de las decisiones comunitarias prestarán mérito ejecutivo y surtirán los efectos necesarios para garantizar su cumplimiento. En esta medida, el modelo social resulta ser más ágil y pertinente que el formalismo judicial.

La justicia formal, sin embargo, no perderá efectos. La igualdad de condiciones que pretendemos darle a la justicia social frente a la administración judicial formal, no implica que las funciones de esta última desaparezcan. A ella le corresponde todo aquello sujeto de ser juzgable y de ser dirimido por la autoridad competente. A pesar de ello, si es necesario, en cuanto a justicia formal retomar las múltiples propuestas de reforma, que ha habido por parte de diversos sectores que buscan aumentar la credibilidad de las comunidades en la rama, evitar la corrupción y dar mejor administración a la justicia.

## “Y, POR FAVOR, MIÉNTEME”: EL DESPLOME DE LOS ABSOLUTOS

*“Hay más verdades detrás de una mentira que detrás de una verdad”.*

**Fernando Araújo Vélez**

**Andrés Nanclares Arango\***

Es un lugar común decirlo: detrás de una historia en donde la búsqueda del “vil metal” es lo que define unas vidas, con frecuencia hay una tragedia de amor, muerte, locura y poder. En el origen, florecimiento y decadencia del Ingenio de Sincerín (Bolívar), una de las principales agroindustrias colombianas de principios del novecientos, subyace esta mixtura de manifestaciones de la condición humana.

Eso es lo que **Fernando Araújo Vélez** extrae de allí y lo hace ficción en *“Y, por favor, miénteme”*, novela de su autoría publicada hace poco por Sílabas Editores. Lo feo y maloliente de la condición humana, la soberbia y la traición, los toma el autor, periodista y émulo de Luis Tejada y Hernando Téllez, para armar una estructura narrativa en la que dos puntos de vista se entrelazan y se sirven el uno al otro para darse a la tarea de “pelar la cebolla” de los hechos que signaron el destino de una influyente familia de la costa caribeña.

En 1849, mueren en Cartagena, a causa de la peste del cólera, unas 2.000 personas. Nicolás Daníes, uno de los personajes de la historia, emigra a la Guajira para sacarle el quite a “La huesuda”. Allí, en su finca de Dibulla, pone a funcionar un trapiche movido por dos máquinas de vapor. De la caña de azúcar que ha sembrado, extrae miel y panelas.

Veintisiete años después —en 1876—, el señor Daníes, quien ha perdido 300.000 dólares en este negocio, vende su hacienda. Su hija Margarita se casa con Dionisio Vélez Méndez y del sexo de esta pareja nacen tres hijos: Margarita (jr.), Carlos y Fernando. En 1859, viene al mundo Carlos Vélez Daníes, el segundo de sus hijos. En 1862, Fernando Vélez Daníes lanza al viento su primer alarido. Los dos, luego de la muerte de su madre, son enviados a estudiar a Inglaterra.

---

\* Andrés Nanclares Arango. Jurista Colombiano, abogado y escritor. Autor de la obra *Los jueces de mármol*.



Andando el tiempo, Carlos se casa con Catalina Torres y Fernando con Helena Pombo. Carlos y Catalina procrean cuatro hijos: Dionisio, Carlina, Catalina y Florina. En la *society sexus* de Fernando y Helena, por su parte, nacen Carlos, Fernando y Helena.

En 1904, después de que durante el gobierno de José Manuel Marroquín se ha perdido Panamá y se ha terminado la Guerra de los Mil Días, en Colombia asume el poder Rafael Reyes. Reyes. Éste quien gobierna de 1904 a 1909, se propone estimular la creación de empresas para reconstruir la economía. Carlos y Fernando, padres, militan en el partido de Rafael Reyes. Carlos, incluso, hace parte del directorio conservador afecto a las posturas políticas de Reyes, no obstante que un tío suyo, Joaquín Vélez, es opositor a la candidatura de quien luego se convierte en presidente.

El señor Reyes, en desarrollo de su plan para fomentar el “*espíritu de empresa*”, se compromete a subsidiar el proyecto de Carlos y Fernando Vélez Daníes. Lo hace para retribuirles las maniobras mediante las cuales lo ayudaron a llegar al poder. Con su apoyo, se crea, en el corregimiento de Sincerín (Bolívar), el Ingenio Central Colombia. Un millón de dólares de la época, un verdadero platal, se requiere para ponerlo en marcha.

En enero de 1906, Carlos y Fernando viajan a La Habana. Quieren ver cómo funcionan los ingenios en Cuba. A los dos meses, regresan a Cartagena. Vienen con el agrónomo Luis Bacallado, quien habrá de asesorarlos en el montaje de la refinería. Luis Bacallado, representante en Cuba de la firma inglesa *Y. & W. Smith*, les recomienda el tipo de maquinaria que deben comprar. Ese equipo es embarcado en Liverpool y dos meses más tarde lo descargan en Cartagena.

En 1908, se encienden los motores del ingenio. El propósito de Carlos y Fernando Vélez Daníes, es producir azúcar en gran escala. No únicamente miel y panela, como lo habían hecho hasta entonces los finqueros de la caña de azúcar. En Cuba, además del ingeniero Bacallado, contratan a un pequeño grupo de especialistas. Vienen Joaquín Ruiseco, experto en hornos, y José Antonio García, responsable del cultivo de las cañas.

A estos dos conocedores del oficio, se unen el español Antonio Nanclares, entomólogo encargado de controlar la *candelilla* y el insecto *saltahojas*, dos plagas adictas a roer la semilla *caña blanca*, mediante la reproducción en laboratorio de la *mosca amazónica*, y el ingeniero naval Juan H. White, quien había llegado en 1870, desde Liverpool a Buenaventura, y a quien contratan para montar la flota de vapores del ingenio. Nanclares, oriundo de la provincia de Álava, está en el país desde 1867, año en que lo invita en Puerto Rico el cubano Manuel Mosanto para que lo asesore en el desarrollo del ingenio “La Perseverancia”, situado en el municipio de Soledad. El señor White, por su parte, está radicado en Colombia desde sus 24 años, y sus labores ingenieriles, muy destacadas, las desarrolla en el occidente antioqueño. Pasado un tiempo, y lo refiero por simple curiosidad, este inglés monta en Frontino (Antioquia), con el nombre de “*Sincerín*”, una finca panelera, y Nanclares, el alavés, siembra de

caña de azúcar, en el mismo pueblo, su finca “*Grano de Oro*”. A la larga, sus familias, las de los dos, por puras travesuras de la vida, unen sus apellidos al de los Vélez.

En 1909, un año después de abierta, la refinería produce, con una molienda de mil trescientas toneladas de caña en veinticuatro horas, una zafra de cinco mil toneladas de azúcar. El Ingenio de Sincerín crea empleo y trae prosperidad económica, entre otros, a pueblos como Mahates, Malagana, María la Baja, San Basilio y San Pablo. En la costa atlántica, por esos días, no se habla de otra cosa que del Ingenio de los Vélez, refiere la historiadora María Teresa Ripoll, concedora del “periplo vital” de la familia Vélez Danies.

En 1923, muere Carlos Vélez Danies. De la administración del ingenio se hace cargo su hijo Dionisio Vélez Torres. El 3 de agosto de 1938, muere Fernando Vélez Danies. Dos meses más tarde, deja de existir Fernando Vélez Pombo, su hijo. A raíz de estos decesos, el Ingenio Central Colombia, más conocido como el Ingenio de Sincerín, debe afrontar dos juicios de sucesión. Dionisio Vélez Torres, quien había asumido la gerencia desde la muerte de su padre, le hace frente a los procesos. Pero, por esos años, de 1940 a 1943, la producción de azúcar baja por efecto de la crisis económica mundial y Dionisio Vélez Torres se da por derrotado. En 1953, liquida la empresa. Hernando Caicedo, dueño del Ingenio Riopaila (Valle del Cauca), compra los tres molinos y los motores de vapor.

Los alcances de la ficción, son infinitos. Los Vélez se truecan en los Vila y la novela hace luz sobre lo que la historia real no dice. Detrás del gozo y la prosperidad económica, están la amargura y la tragedia de esta familia. A través de la mampara del éxito social, alcanzan a verse la “*mala sangre*”, la ruindad y la traición.

Helena Vila Pombo, heredera de Fernando Vila Danies, entra en crisis el día de su matrimonio con Alfredo Veliz. Se encierra en su habitación durante tres días y repudia a su marido. Le pesa el amor secreto que su primo Dionisio Vila Torres siente por ella y la fuerza de ese delirio inconfesable la desestabiliza. Su vida pasa de la luz a las tinieblas. Por horas, se pierde en el sinsentido y, luego de una larga jornada de sueño al lado de sus perros, vuelve a ser Helena Vila. Del llanto, salta a la alegría. Para sus invitados, una torta que iba a ser de azúcar, la condimenta con sal y pimienta. A la hora de la cena, narcotiza un pollo y lo despluma. Para darle la apariencia de haber sido horneado, lo barniza de ocre, marrón y amarillo. Una vez servido, el animal despierta, se levanta y aletea, para pasmo de los invitados, sobre la mesa principal.

Incómoda con Helena, la familia opta por llevarla a Turbaco y la interna en una casa para perturbados. Helena, ahora, comienza a ser parte del grupo de quienes “*no siguen con puntos y comas las leyes de Dios y de los hombres*”. Entra a la secta de los desquiciados. Se inscribe en la cofradía que agrupa a quienes “*no oran todas las mañanas y en las noches y no van a misa diaria*”. Helena ya no pertenece al mundo de las convenciones y las conveniencias. Descree del matrimonio y del amor y dejan de importarle la patria y la democracia. Ahora venera a

quienes dibujan demonios y se siente afín a aquellos que leen a escondidas a Dostoievski o a Jane Austen. El matrimonio de Helena, al trasluz de la historia, trae a la memoria el de Miss Amelia Evans con Marvin Macy. Ella, Amelia, la protagonista de *La balada del café triste* (McCullers), luego de casarse con Marvin, un *simple remiendatelares*, lo rechaza la misma noche de bodas y se arriesga a darle un vuelco a su vida.

En fin. Helena, ahora poseída por el demonio, según sus padres y su familia toda, es declarada persona fuera del tiesto. Allí, en la Casa de los Perturbados, Helena vuelve a vivir: se enamora. Severo Paut, uno de los endemoniados, sustituye a Alfredo Veliz. Ahora vuelve a jugar; a divertirse con el viento y a sentir el arrobamiento de otros sueños. Y es a partir de entonces cuando ella hace suya una nueva actitud frente al mundo y la vida. Se la inculcan Severo Paut, Estevan Camargo y Eleuterio Polo, los amotinados del 8 de diciembre de 1896 contra los Vila en el Camellón de los Mártires de Cartagena. Esta nueva manera de ver y de sentir, se descubren en la siguiente declaración, una de las tres más poderosas de la novela: *“Creí en el AMOR, con todas las mayúsculas, pero comprendí que no había un amor absoluto determinado por los dioses, había amantes, personas que aman, y cada quien lo vivía a su manera, como podía o como quería o como lo dejaban. El amor no era un conjunto de reglas de manual escrito por una divinidad, según el cual todos teníamos que actuar, y por lo tanto ser iguales, y besar y sufrir y callar y amar de la misma manera. No, no había ni hay un amor, había y hay miles de millones de amores”*.

El 8 de diciembre de 1896, un grupo de sublevados atenta, *“por amor a la patria y al Partido Liberal”*, contra la vida de los Vila en el Camellón de los Mártires. Allí, contra el propósito de los inconformes de borrar del mundo la prepotencia de los Vila, sólo muere uno de ellos: Agustín. Los demás —Manuel, Dionisio, Carlos—, se salvan. Camargo, Polo, Herrera y Severo Paut, los acusan, a los soberbios Vila, de *“su insaciable gusto por el dinero y el poder”* y de *“creerse los dueños del mundo y de la vida de los hombres”*. Les reprochan, y lo hacen con furia, el que a lo largo de su vida se hayan dado el gusto de *“comprar el poder, y con el dinero comprar los periódicos, comprar la opinión de la gente, y con ese dinero delinear una manera de vivir en la que han definido qué es el bien y qué es el mal y qué se debe hacer y qué no”*.

Dionisio Epifanio Vila, enamorado ahora de Dolores Pasos Polanco, se llena de rencor contra los autores del atentado del 8 de diciembre de 1896. Y el encono y el amor, juntos, le tuercen los cables de sus entendederas. Su corazón y su cabeza, no soportan la descarga de profundidad que Severo Paut, uno de los rebeldes del Camellón de los Mártires, deja caer sobre él y, obnubilado, le pega un tiro en la frente. Paut, antes de caer muerto, le había dicho: *“Hoy sé que todos sus absolutos son relativos. Que, como absolutos, cumplían y cumplen la función de mantener el estado de cosas y preservan sus privilegios. Como relativos que son, pueden modificarse, y esa modificación depende de que nosotros, de este lado de la acera, decidamos dudar, rebelarnos, levantarnos un día y botar a la basura el manual de verdades que ustedes nos legaron”*.

Agónico y adolorido, y al parecer disgustado con Dolores, huye en barco a Inglaterra. Pero a mitad del trayecto, cuando los compañeros de viaje bajan al comedor y se queda solo en cubierta, se descuelga por la borda y, derrotado por su demonio caca, se le entrega

al mar. Su cuerpo, jamás sale a flote. Su carga vital, construida con el herraje y el cemento armado de su arrogancia y su falta de compasión hacia el semejante, lo hunde en lo más profundo del océano. Y lo hace a cordel de lo que había escrito para su madre muerta: *“No quiero repetir el patrón ni de mi padre ni de mi abuelo ni de mis antepasados, todos tan honorables, dignos, importantes y respetados, y del mismo modo, quienes por las mismas razones, son todos tan desdichados en el fondo, y todos tan decepcionantes. Lo que quiero, en fin, es sacarme de mi carne, para vivir feliz sin los absolutos heredados, ese cuchillo lacerante que es la tradición de la nobleza”*.

A Carlos Vila Danies, la vida lo envuelve en uno de sus múltiples torbellinos. Dionisio y él, *“jugaban a aniquilarse el uno al otro”*. Se envidiaban. Dionisio, en secreto, *“no soportaba el mundo de Carlos, sus aires, sus gustos, sus palabras”*. Y Carlos, a su vez, sufría *“los aplausos que el mundo le tributaba a Dionisio Vila”*. A casa de Carlos Vila, el otro soporte del sueño de Sincerín, llega Estevan Camargo y le da a leer *“El manual de sus verdades”*, es decir, el cartabón de las verdades en que los Vila asientan su poder. Carlos Vila lo lee en silencio: *“Amarás”, decían, como si amar fuera una obligación, y no amar, una afrenta. “No desearás”, decían, como si desear no fuera natural. “No robarás”, decían, y encarcelaban al que se robaba un pan, pero le hacían venias al que se robaba y se roba el erario público. “No matarás”, decían, pero ellos y ustedes mataban y mataron y matan bajo el pretexto de defender una patria que crearon y unas instituciones de las que viven, con un ejército al que volvieron necesario y autoritario, simplemente porque, esencialmente, los defiende a ustedes y a su tierra. Hoy sé que todos sus absolutos fueron relativos. Que como absolutos, cumplían y cumplen la función de mantener el estado de cosas y preservan sus privilegios. Como relativos que son, no obstante, pueden modificarse, y esa modificación depende de que nosotros, de este lado de la acera, decidamos dudar, rebelarnos, levantarnos un día y botar a la basura el manual de verdades que ustedes nos legaron”*. Carlos Vila no aguanta el voltaje de este texto. En medio de sus delirios, días después de esta sesión, lo último que oye decir de labios del médico Duplat, mientras le inyecta un líquido, es que esto —la pócima— *“habría de llevarlo a descansar”*.

A Fernando Vila, lo arruinan su sensibilidad y su débil carácter. Silencioso, deja que sus hermanos le impongan sus decisiones. Por su modo de ser, parecido al de su padre, no llega en este mundo a ninguna parte, como se lo había vaticinado su hermano Carlos. Sin que nadie le tapara la boca, permite que Carlos y Dionisio, sus hermanos, resuelvan a su modo los conflictos de la familia. Con su complacencia, y por efecto de su pusilanimidad, su familia, enredada en una madeja de peleas, envidias e intereses, se *“hunde a sí misma”*.

Arrepentido de su pasividad, flagelándose y sintiéndose tan pequeño como una pulga, Fernando Vila se pega un tiro en la sien. El disparo resulta fallido. No muere ese día, pero sí, por otra causa, 24 horas después. Con el pretexto de no chocar de frente con una recua de mulas, da un giro brusco de cabrilla y se precipita a un abismo a poco de salir de Turbaco. Algo, una cascada de palabras pedregosas, las que oyó de Jacinto Roldán, es lo que lo hace salir literalmente de casillas: *“Compraron la prensa, pues la prensa decía la verdad. Entonces comenzaron a decir y a ser la verdad por intermedio de sus periodistas. Compraron la Iglesia, las iglesias y los credos y la biblias, porque Dios era la verdad, y a Dios también lo compraron para venderlo después”*.

*como un castigador si la humanidad no hacía al pie de la letra lo que ustedes decían que había que hacer, y como un bondadoso dador si se le obedecía a él, que siempre fue decir, a ustedes. Con él y por él impartieron su verdad, que era de conveniencia, a través de sus sacerdotes, desde el púlpito y de sus escrituras. Compraron la educación para preservar su sistema e impartir sus códigos. Compraron la moda y la patria, la ciencia, el arte y el pensamiento, el ruido y el silencio... Pero ante todo, y sobre todo, compraron la idea de que todo es inmodificable, cuando en realidad todo es modificable: la leyes, el amor, los dioses, la historia, e incluso, los hombres”.*

Se lee en la novela que la historia de los Vila, se sintetiza en tres episodios: un tiro en la cabeza, un salto sin regreso a las profundidades del mar y un golpe de cabrilla a 40 kilómetros por hora. Está bien. Pero esa es la *“espuma de los acontecimientos”*. Detrás de esas secuencias, está la noticia de un naufragio. Está allí, narrado por múltiples voces, el hundimiento del acorazado *“Sincerín”*. Vencido por su pesada carga de soberbia, traiciones y mentiras, zozobra. No es el destino el que lo hace ir a pique. Son las circunstancias.

*“Vivir, escribió Ibsen, es luchar contra los seres fantásticos que nacen en las cámaras secretas de nuestro corazón y de nuestro cerebro”*. Los Vila no luchan contra esos seres fantásticos. Los alimentan. La idea de que lo único que da valor a la vida es la familia, el dinero, los apellidos, la clase y los ancestros, crece en ellos y les sorbe el alma. Enceguecidos por sus absolutos, no ven crecer en sus predios la hidra de su decadencia.

Cuando quieren ponerse a salvo del vacío de su *“lacerante tradición de la nobleza”*, piden a gritos el bálsamo de la mentira. Dicen: *“Miéntenos, por favor, miéntenos. Dinos, por favor, que jamás ignoramos que las refinerías, los vapores y el dinero, carecen de brazos para abrazar, de lengua para hablar y de labios para besar”*. Pero ya es tarde para enmendar la plana: la verdad ha llegado en llamas a las puertas de su refinería. Su insensibilidad no les da la luz necesaria para comprender que los absolutos no son *“asuntos que se llevan en la sangre”*, como lo pregonaba con insistencia Dionisio Vila a lo largo de la novela. Por su carácter modificable, lo que le da sentido a la vida, según dice Ibsen, es luchar tesoneramente contra ellos.

Del contraste entre la ruindad y lo simbólico, surge la desconsoladora belleza de *“Y, por favor, miénteme”*. En esta obra, Fernando Araújo Vélez reseña la *“parábola vital”* de unos hombres que persisten, aún contra sí mismos, en ser lo que son. En sus páginas, el autor penetra en la trama de la vida de unos seres que hacen de su altivez y su arrogancia su punto de partida moral. Y del otro lado, en esta historia, está también, tejida con el hilo retorcido de la ambigüedad propia del arte de escribir, la perversidad de unos individuos que se convencen a sí mismos, no de que *“tienen unos bienes, sino de que son un ingenio, unas acciones, unos fajos de billetes*. Y está, asimismo, de este lado, una familia a quien la codicia del papel moneda, asumida como un absoluto, despedaza y arruina. Y todo esto me lleva a pensar que en la piel y en lo íntimo de estos personajes, y en pleno Caribe, parecen haber reencarnado, por aquello de los universalismos de la literatura, las obsesiones y las pasiones irresistibles de *Balthazar Claes*, el *héroe metafísico* de *La búsqueda del absoluto*, obra de Balzac en la que este protagonista destruye su familia a causa de su desvelo monomaniaco por hallar el secreto del absoluto.

# LA SEGUNDA INSTANCIA, DERECHO FUNDAMENTAL TAMBIÉN DE LOS AFORADOS CONSTITUCIONALES

Eudoro Echeverri Quintana\*

Hablar hoy de “Aforados Constitucionales” en el mundo contemporáneo, pareciera aludir a categorías exóticas en el mundo del Derecho constitucional, la insinuación de que hay personas con derechos de mayor plus que el resto de mortales por el solo hecho de ostentar altas dignidades, deviene en inevitable tratamiento odioso por su visible discriminación y por la notoria impunidad. Están los mortales o personas sin fuero alguno. Asimismo las personas con fueros totales constitucionales consagrados en la Constitución Política. De la misma manera las personas con relativos fueros regulados en la ley procesal penal. Pero en la misma senda, el precio que deben pagar por ese aspecto los pertenecientes a los dos últimos grupos es el sacrificio del derecho fundamental de la segunda instancia. No solamente en la esfera del Derecho penal, el escenario más común, sino también en el del Derecho disciplinario pero sujeto a la jurisdicción del Derecho administrativo, respecto a las pérdidas de investiduras para los congresistas.

## Ámbito penal

Acerca de la situación en Colombia del escenario penal, valga este pasaje doctrinal<sup>2</sup> al respecto: “En términos concretos la Cámara de Representantes funge como fiscal, pero no en la ortodoxia de un sistema acusatorio, sino en el vetusto y desueto inquisitivo por conducto de la perversa Comisión de Acusaciones<sup>3</sup>, y la cual en el Acto Legislativo 2 de 2015

---

\* Eudoro Echeverri Quintana. Especialista en Derecho Constitucional Comparado de las Universidades Externado de Colombia y Autónoma de Madrid y en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás, de Bogotá. Juez y Fiscal por espacio de 27 años; último cargo, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia. Autor de múltiples publicaciones y varios libros sobre Derecho Constitucional. Profesor en las Especializaciones de Derecho Constitucional, módulos sobre el Poder constituyente, Reforma constitucional y Derecho constitucional comparado y en Derecho Penal sobre el recurso extraordinario de casación penal.

2. ECHEVERRI QUINTANA, Eudoro. ECHEVERRI CALLE, Pablo. “Del melodrama del fuero presidencial ¿Pasado y futuro de inaceptable impunidad?”. Estudio publicado en el libro *Latinoamericana y Derecho en Exposición*, Vol. VI, 2017, Río de Janeiro, Brasil.

3. Regulada en la Ley 5ª de 1992 o Estatuto del Congreso, artículos 311, 312, 329 y ss.

adquiriría categoría constitucional en el artículo 7<sup>o</sup>. Los aforados plenos<sup>5</sup> serían el Presidente o quien hiciera sus veces y los miembros de la Comisión de Aforados<sup>6</sup>, pero la Corte Constitucional en exótica y extravagante pronunciamiento<sup>7</sup> declaró inexecutable esta institución política, quedando otra vez como era antes a través de dicha Comisión la investigación. Adujo insólitamente: “Al encontrar que con su aprobación el Congreso había desconocido los límites competenciales para reformar la Constitución (...) contenido en esas disposiciones sustituyó el eje definitorio “separación de poderes y autonomía e independencia judicial””<sup>8</sup>. Además y para completar el absurdo jurídico, aseveró que la Comisión de Aforados era un órgano autónomo no elegido popularmente y cuya única función era la de investigar y acusar a los funcionarios aforados. Es de los episodios más deplorables de la Corte, pero escapa al contenido de esta ponencia ahondar al respecto.

La Cámara de Representantes (artículo 178, numeral 3 C.P.) acusará ante el Senado cuando hubiere causas constitucionales al Presidente de la República y a otros aforados<sup>9</sup>. El juicio será ante el Senado (artículo 175 CP), el acusado quedará de hecho suspenso de su empleo como primera consecuencia<sup>10</sup>. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, impondrá pena de destitución del empleo o privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema. La sentencia definitiva será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios al menos de los votos de los senadores presentes.

Véase entonces cómo el procedimiento es demasiado largo y tortuosamente innecesario, diseñado deliberadamente para que no funcione. La sola aspiración, y además legítima, del ciudadano de a pie de que la Cámara acuse ante el Senado, deviene por tanto en ingenua ambición. Una vez el Senado asuma su rol de juez, prosigue el viacrucis, porque el ulterior arribo del proceso por su voluntad a la Corte Suprema, pareciera una hazaña propia de la Ilíada.

---

4. Declarado inexecutable por la Corte Constitucional por sentencia C-373 de 2016.

5. El término “fuero pleno” y “con fuero restringido” parece fue innovado en Colombia por el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Humberto Barrera Domínguez en su libro *Juzgamiento de los Altos Funcionarios del Estado*, Edit. Temis, Bogotá, 1962 y según lo destacó Guillermo Dávila Muñoz en el texto *Del juicio y juzgamiento de los altos servidores públicos del Estado*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, 1ª edic.

6. Investigaría a los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial y al Fiscal General de la Nación.

7. Mediante sentencia C-373 de 2016.

8. Comunicado No. 29. Corte Constitucional. Julio 13 de 2016.

9. Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación.

10. Como recientemente ocurrió con el magistrado de la Corte Constitucional, Jorge Pretelt.

Para acabar de completar ese penoso periplo y como si no fuera ya motivo de evidente preocupación, la Corte Constitucional en polémico fallo<sup>11</sup>, extendió el fuero penal y político a eventos disciplinarios y fiscales, es decir, las reglas de la competencia de ser excepcional, restringida, reglada y expresa, la tornó analógica como en un acto de magia. Hubo dos salvamentos de voto que destacaron ese enorme error. Uno de ellos<sup>12</sup> aludió a lo que Carlos Nino apelaba “*inconsistencia pragmática*”, concerniente a la contradicción entre lo que se enuncia y lo que se hace a nivel práctico, pues no era posible que la Corte sostuviera que el fuero era de carácter restringido y al mismo tiempo resolviera finalmente extenderlo a través de la creación de un procedimiento inexistente en la Constitución. Conjuntamente el diseño institucional del aforamiento previsto originalmente en la Constitución no hacía alusión a la responsabilidad fiscal por parte de los aforados, porque el control fiscal (artículo 267 C.P.) recae sobre una actividad muy específica, la gestión fiscal, la cual no es desarrollada, en sentido estricto, por ninguno de los funcionarios aforados por el artículo 174 de la C.P.”.

He sostenido en otras oportunidades académicas que estos procesos se adelantan conforme a la Ley 600 de 2000, no porque lo sustente de *legeferenda*, sino porque se desprende así de la Ley 5ª de 1992, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 (artículo 533), creo al contrario que el trámite debería surtir conforme a la ritualidad del sistema penal acusatorio. Hace poco la Corte Suprema de Justicia, CSJ<sup>13</sup> se pronunció en relación al tema acerca del procedimiento aplicable a los aforados constitucionales: “Esta situación de incompatibilidad desaparece frente al procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000, porque éste participa de características similares a las del modelo previsto para los juicios especiales ante el Congreso de la República, haciendo que los dos resulten conciliables, razón por la cual el vacío normativo advertido debe resolverse entendiendo que en los casos previstos en el artículo 235.2 de la Constitución Política, también es aplicable el procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000”.

Se tramita actualmente un proyecto de acto legislativo<sup>14</sup> para implementar el derecho a la doble instancia e impugnar la primera sentencia condenatoria. Destaca la exposición de

---

11. Sentencia SU-431 de 2015. Caso del ex Fiscal General de la Nación como accionante en tutela, Eduardo Montealegre, quien fue investigado por la Contraloría General de la República, la Corte Constitucional ordenó que la competencia era de la Cámara de Representantes.

12. Myriam Ávila Roldán como magistrada (e).

13. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, AP2399-2017, Radicación N° 48965, auto de 18 de abril de 2017, proceso contra el ex magistrado de la Corte Constitucional Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

14. Senado: 018 presentado el 2 de mayo de 2017: Por el cual se modifican los artículos 31 y 235 de la Constitución, se crea la doble instancia para aforados constitucionales y se dictan otras disposiciones.

El proyecto de acto legislativo 13 de 2017 Senado, por medio del cual se modifican los artículos 186 y 235 de la Constitución Política. Senado: 015/17. Estado del Proyecto: Archivado. Fecha de Presentación: 22 de marzo de 2017. Por medio del cual se modifican los artículos 186, 235 y 251 de la Constitución Política y se implementa el derecho a impugnar las sentencias condenatorias. 21 de Marzo 2017, Senado: 013/17 | Cámara: 167/17.



motivos la obvia motivación derivada de que los tratados internacionales consagraban la doble instancia como una garantía esencial prevista, entre otros convenios internacionales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como también en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), además prevista en el artículo 31 de la C.P., y la exhortación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014 en tal sentido. Se propuso ampliar el artículo 186 de la C.P., creándose una subsala penal de instrucción de la Corte Suprema de Justicia, C.S.J., para investigar y acusar ante la subsala de primera instancia (conformada por 6 magistrados), de la misma corporación, a los miembros del Congreso por los delitos cometidos, contra las sentencias que profiera dicha subsala procederá el recurso de apelación, cuyo conocimiento corresponderá a la Sala Penal de la C.S.J., pudiendo en todo caso ser impugnada la primera condena. La Sala Penal de la C.S.J. estará conformada por subsalas que garanticen, en el caso de los aforados constitucionales, la separación de la instrucción (estará conformada por tres magistrados), y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena. Los periodos para los miembros de estas subsalas será de seis años, solo tendrán competencia para conocer de manera exclusiva de los asuntos de instrucción y juzgamiento en primera instancia

Los magistrados de las subsalas sólo tendrán competencia para conocer de manera exclusiva de los asuntos de instrucción y juzgamiento en primera instancia en las condiciones que lo establezca la ley y no podrán conocer de asuntos administrativos, ni electorales de la C.S.J. ni harán parte de la Sala Plena. Añade el parágrafo que los aforados constitucionales del artículo 174<sup>15</sup> de la C.P. tienen derecho de impugnación y doble instancia conforme lo señale la ley.

El artículo 235 de la C.P. fue desde luego modificado. Mantuvo absurdamente la facultad de investigar y juzgar a los congresistas, cuando debería ser la Fiscalía Delegada ante la C.S.J. la encargada de dicha tarea y acusar ante las subsalas respectivas conforme las reglas del sistema acusatorio. El numeral 5.º dispone que juzgaría, a través de la subsala de primera instancia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del vicefiscal general de la nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la C.S.J. a los servidores públicos<sup>16</sup>

---

15. “Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”.

16. Vicepresidente de la República, ministros del despacho, Procurador General, Defensor del Pueblo, agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los delegados del Fiscal General de la Nación ante la Corte y ante los Tribunales, directores de los departamentos administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la fuerza pública.

allí mencionados por los hechos punibles que se les imputen. El numeral 6.º es alusivo a la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la subsala de primera instancia de la Sala Penal de la C.S.J. en los procesos penales de los aforados constitucionales de que trata el artículo 251, numeral 1. El 7.º sobre la resolución de la impugnación o la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena contra la sentencia proferida por la subsala de primera instancia o la Sala Penal de la C.S.J. en los asuntos a que se refieren los numerales 3, 4, 5 y 6 del presente artículo.

Asimismo se está gestionando ahora en el Congreso un proyecto de ley estatutaria<sup>17</sup> (L.E.) para regular el derecho a la defensa e impugnación contra el primer fallo condenatorio dictado en un proceso penal. Es un confuso contenido que deberá corregirse en el Congreso, desde luego plausible que se intente a través de L.E., destaco el comienzo importante, aunque ciertamente tardío. Reguló de manera diferencial “la impugnación” para acudir cuando hubo condena por primera vez. Asimismo “el recurso de estudio” y el cual será ordinario, procederá contra la primera sentencia con sentido condenatorio que sea pronunciada en única o en segunda instancia, no procederá contra sentencias dictadas en primera instancia ni que tengan sentido absolutorio. Contra las sentencias condenatorias o absolutorias que se produzcan como resultado de este recurso no procederá el recurso extraordinario de casación.

Modificó la conformación de la C.S.J.<sup>18</sup>, quedaría integrada por 29 magistrados, ahora son 23. La Sala Laboral tendrá magistrados de descongestión en forma transitoria y por un período que no podrá superar el término de ocho años y contará con cuatro salas de descongestión. La Sala de Casación Penal estará compuesta por 15 magistrados<sup>19</sup>, combinada por tres salas (A, B y C), la regulación es muy confusa<sup>20</sup>, la conformación y reparto

---

17. N° 227 de 2017, Cámara, por medio del cual se regula el derecho a la defensa, el debido proceso y la impugnación para el primer fallo condenatorio que se dicta en un proceso penal, y se dictan las modificaciones institucionales necesarias. Presentado por la Sala Penal de la C.S.J.

18. Cambió el artículo 15 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (LEAJ).

19. Modificó el artículo 16 de la LEAJ.

20. “Estas serán la Sala A, la Sala B y la Sala C. De los 15 magistrados de la Sala de Casación Penal se formarán tres grupos permanentes de cinco magistrados. Esos grupos conformarán alternadamente las Salas de Casación Penal A, B y C. La distribución de los integrantes de cada uno de los tres grupos de magistrados, por primera vez, se hará en orden alfabético, es decir, los cinco primeros conformarán el primer grupo de cinco magistrados, los cinco segundos conformarán el segundo grupo de cinco magistrados y los cinco restantes conformarán el último grupo de cinco magistrados. Después, para el reemplazo de cada magistrado saliente, el magistrado entrante tomará su lugar en el grupo en el cual el magistrado saliente estaba asignado”.

más aún<sup>21</sup>. La Sala de Casación Penal conocerá<sup>22</sup> también de la definición de competencia cuando se trate de aforados constitucionales o legales. Asimismo la Sala A conocerá prácticamente de lo que es actualmente la competencia de la Sala de Casación Penal y del recurso de estudio interpuesto contra sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales. Por su parte la Sala B resolverá el recurso de estudio interpuesto contra sentencias de única instancia proferidas por la Sala de Casación Penal A, del recurso de estudio interpuesto contra sentencias de segunda instancia proferidas por la Sala de Casación Penal A. La Sala de Casación Penal Sala C conocerá de la acción de revisión cuando la sentencia o la preclusión ejecutoriadas hayan sido proferidas en única, segunda o por recurso de estudio por esta corporación o por los tribunales. Como se ve entonces es la Sala A la de mayor trascendencia.

Seguidamente el proyecto modificaría otras normas<sup>23</sup> relativas a la competencia de los tribunales superiores de distrito respecto de los juzgados penales del circuito especializados, conocerá del recurso de estudio interpuesto en contra de sentencias de única instancia proferidas por esos despachos; también<sup>24</sup> de los recursos de estudio interpuestos en contra de sentencias proferidas en única instancia por los juzgados de circuito y juzgados penales municipales. Los recursos de estudio se resolverán a través de sentencia<sup>25</sup>.

Contempla varias disposiciones transitorias: para asegurar la realización del derecho a la impugnación, se creará una Sala Transitoria dentro de la Sala Penal de la C.S.J., conformada por tres magistrados, funcionará durante cinco años o hasta que termine de tramitar todos los procesos de su competencia, y tendrá las siguientes funciones: conocer de los recursos de estudio interpuestos contra sentencias que tengan sentido condenatorio, que hayan sido dictadas en procesos de única instancia dentro de la C.S.J. y que estén ejecu-

---

21. “La alternancia de los tres grupos de cinco magistrados, para conformar la Sala de Casación Penal A, la Sala de Casación Penal B y la Sala de Casación Penal C seguirá la siguiente regla. El reparto de los procesos se hará por ciclos. Cada ciclo es de seis procesos, donde cada seis procesos se repite la regla de asignación, es decir, cada proceso en grupo de seis es una fase. En el primer proceso de un ciclo, el primer grupo de cinco magistrados fungirá como Sala A, el segundo grupo como Sala B y el tercer grupo como Sala C. En el segundo proceso de un ciclo, el primer grupo de cinco fungirá como Sala C, el segundo grupo como Sala B y el tercer grupo como Sala A. En el tercer proceso de un ciclo, el primero grupo fungirá como Sala B, el segundo grupo como Sala A y el tercer grupo como Sala C. En el cuarto proceso de un ciclo, el primer grupo de cinco magistrados fungirá como Sala A, el segundo grupo como Sala B y el tercer grupo como Sala C. En el quinto proceso de un ciclo, el primer grupo de cinco fungirá como Sala C, el segundo grupo como Sala B y el tercer grupo como Sala A. En el sexto proceso de un ciclo, el primer grupo fungirá como Sala B, el segundo grupo como Sala C y el tercer grupo como Sala A. Los siguientes ciclos seguirán la misma regla de distribución. En caso de que un grupo de procesos para reparto no tenga el número suficiente para completar ciclos completos, la cuenta de las fases se seguirá donde quedó en el anterior reparto”.

22. Modificaría el artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

23. Artículo 33 de la Ley 906 de 2004.

24. Artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

25. Artículo 161 de la Ley 906 de 2004.

torizados o en ejecutoria entre el 24 de abril de 2016 y el momento de la elección de los nuevos magistrados de la Sala Penal de la C.S.J.; de los recursos de estudio interpuestos contra sentencias que tengan sentido condenatorio por primera vez en la segunda instancia, que hayan sido dictadas en la C.S.J. y que estén ejecutoriados o en ejecutoria entre el 24 de abril de 2016 y el momento de la elección de los nuevos magistrados; de los recursos de estudio interpuestos contra las sentencias que sean dictadas en procesos de única instancia que estén siendo tramitados entre el 24 de abril de 2016 y el momento de la elección de los nuevos magistrados, siempre y cuando el sentido de la sentencia sea condenatorio; y de los recursos de estudio interpuestos contra sentencias que sean dictadas en la segunda instancia de procesos penales que estén siendo tramitados entre el 24 de abril de 2016 y el momento de la elección de los nuevos magistrados, siempre y cuando la sentencia tenga sentido condenatorio por primera vez en esta instancia procesal. Añade otro artículo transitorio que los procesos en única o segunda instancia que estén ejecutoriados o en ejecutoria ante la Sala Penal de la C.S.J., entre el 24 de abril de 2016 y el momento de la elección de los nuevos magistrados, deberán interponer el recurso de estudio en los 15 días siguientes a la elección de los nuevos magistrados. De dicho recurso conocerá la mencionada sala transitoria. Todos los procesos que estén ejecutoriados o en ejecutoria, entre el 24 de abril de 2016 y antes de la elección de los nuevos magistrados, podrán presentar el recurso plurimencionado, y si no se presenta en los tiempos en el proyecto, no se podrá presentar en ningún otro momento. Respecto a la vigencia, rige a partir de su promulgación y sobre la vigencia retroactiva dispone que los procesos de impugnación, con excepción de aquellos que se dan en apelación o doble instancia, sólo apliquen para sentencias que se profieran después del 24 de abril de 2016 o que estuviesen en el tiempo de ejecutoria después de esa fecha.

En la exposición de motivos se aludió a la gravedad de la situación que ha llevado a la C.S.J. a abstenerse de resolver solicitudes de impugnación, que 6 meses después de la fecha de vigencia del derecho a impugnar (24 de abril de 2016) se han presentado más de 25 solicitudes de impugnación, oportunidades en las cuales ha exhortado al Congreso regular la materia. En 2017 este problema se mantiene y algunos magistrados de la C.S.J. han empezado a diferir frente a la decisión de no resolver las impugnaciones contra sentencias condenatorias proferidas en única o segunda instancia.

Valga advertir que hubo antes un proyecto de ley<sup>26</sup>, normativa ordinaria en la misma ruta del derecho a recurrir cuando la sentencia de segunda instancia o de casación revoque la decisión de absolución, se haría a través de la “Impugnación excepcional del recurso de casación”, nombre ostentoso que desnaturaliza el recurso extraordinario de casación. En distintos foros y escritos he defendido que estas temáticas jurídicas y otras más deben regularse a través de leyes estatutarias.

26. Presentado por a la sazón Eduardo Montealegre Lynett (Fiscal General de la Nación) y Yesid Reyes Alvarado (Ministro de Justicia y del Derecho). Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

Luego de la sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional<sup>27</sup> profirió otra de un plus menor constitucional a aquella donde desdibujó lo dicho en la abstracta del control de constitucionalidad, precisó que el recurso de impugnación contra sentencias condenatorias proferidas por primera vez en segunda instancia sólo era aplicable en los procesos ordinarios regulados por la Ley 906 de 2004 y respecto de providencias que no se encuentren ejecutoriadas para el 24 de abril de 2016. La Sala Plena negó la tutela interpuesta por dos personas que, mediante sentencia del 11 de marzo de 2015, fueron condenadas en casación por la Sala Penal de la C.S.J., luego de haber sido absueltas en primera y segunda instancias, en un proceso que se adelantó según el procedimiento penal regulado por la Ley 600 de 2000.

Esta corporación advirtió que contra esa decisión, por el momento en el cual se expidió, no procedía un medio de impugnación integral homólogo al recurso de apelación. Precisó, no obstante, que la posibilidad de condenar por primera vez en casación, en los procesos penales ordinarios regulados en la Ley 600 de 2000, y decididos antes del 24 de abril de 2016, se ajusta al derecho al debido proceso, a la doble instancia y a acceder a la justicia, según la sentencia C-998 de 2004. Esa sentencia controlaba el caso planteado en este proceso por la tutela, razón por la cual en él no hubo violación de los derechos fundamentales invocados. Para llegar a esta conclusión, la Corte Constitucional precisó además que la resolución de la sentencia C-792 de 2014 solo es aplicable a los casos que reúnan tres condiciones: (i) que se trate de condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, (ii) en procesos penales ordinarios regulados por la Ley 906 de 2004, (iii) y respecto de providencias que no se encuentren ejecutoriadas para el 24 de abril de 2016. Por tanto, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó las sentencias de tutela expedidas por las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que negaron el amparo invocado. Salvaron voto los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza, quienes en síntesis adujeron que debió aplicarse la sentencia C-792 de 2014 y accederse a la tutela.

En el terrible mundo jurídico llamado impropriamente “choque de trenes”, que técnicamente no es cosa distinta a una inconveniente “colisión de poderes”, la C.S.J. se negó a cumplir con la sentencia SU-215 de 2016. Entre otros, véase el caso relativo al ex senador Néstor Iván Moreno Rojas, quien, a través de escritos, solicitó “adición de la sentencia”, “posibilidad de impugnarla” y “apelación” contra el fallo proferido en su contra en única instancia el 27 de octubre de 2014. En unos apartados sostuvo: “En este orden de ideas, siguiendo los parámetros trazados por la misma Corte Constitucional y como no es aplicable lo ordenado en la sentencia C-792 de 2014 a la situación concreta del ex Senador Néstor Iván Moreno Rojas, principalmente por cuanto la sentencia condenatoria de única instancia proferida en su contra cobró ejecutoria mucho antes del 24 de abril de 2016, dicho recurso de impugnación será rechazado”.

---

27. Sentencia SU-215 de 2016.

## Contexto disciplinario o administrativo

La responsabilidad objetiva<sup>28</sup> en procesos penales y disciplinarios es una afrenta a los derechos fundamentales: Del debido proceso, defensa, *non bis in ídem*, principios de la presunción de inocencia, de favorabilidad, *pro reo, pro homine*, tribunal independiente e imparcial. Deviene de la responsabilidad personal llamada de acto y no de autor, proscrita desde hace tiempo en el mundo civilizado. Categorías producto de una secular conquista que dejó en el triste pasado tan monumental iniquidad.

La CADH (artículo 8), consagró las garantías judiciales, el numeral 1 dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Asimismo el PIDCP se ocupó del debido proceso (artículo 14), del mismo modo la Constitución Política de 1991 (artículo 29 C.P.), consagran de manera inequívoca tan rutilantes garantías en ese *Corpus Iuris*. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”; esta regla del precepto 29 de la C.P. no distingue, como desde luego no podría hacerlo. (Rayas para destacar).

El tribunal independiente e imparcial supone según test de la Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso “De Cubber contra Bélgica”: independencia del ejecutivo, independencia de los sujetos procesales y forma de nominación de los jueces que integran el tribunal. Es la quinta esencia de un Estado social. Órgano judicial que debe decidir soportado en las causales descritas en una norma legal o constitucional según el evento. Y cuando le corresponda arribar a un juicio de reproche, forzosamente tendrá que soportarlo en razonamientos de culpabilidad derivados del comportamiento activo u omisivo imputados.

La pérdida de investidura constituye una sanción de tanta gravedad que el afectado muere políticamente de por vida<sup>29</sup>. Consecuencia ciertamente inconstitucional porque el artículo 34<sup>30</sup> de la C.P. la proscribió. Insólito castigo. Motivos entonces para que el Consejo de Estado, cuando adelante procesos contra congresistas de esa naturaleza, sea sumamente cuidadoso y por supuesto hurgue hasta el fondo si el comportamiento fue actualizado o no

---

28. Presenté escrito ciudadano de oposición a la solicitud de nulidad de la sentencia SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, dentro del incidente de dicho fallo, promovido por Stella Conto Díaz del Castillo, Magistrada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Expedientes T-3331156 y T-4524335. Solicité a la Corte no accediera a la anulación impetrada y en cambio salvaguardara la decisión adoptada por mayoría por ser rigurosamente obsecuente del derecho internacional de los derechos humanos y de la carta de 1991.

29. Así lo dispone el numeral 4 del artículo 179 de la Constitución Política. “No podrán ser congresistas: (...). Quienes hayan perdido la investidura de congresista. (...)”.

30. “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. (...)”.

con culpabilidad dolosa o culposa. También constatar si hubo o no causales de justificación del hecho.

Transcribo el siguiente apartado de la sentencia SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional cuestionada: “En efecto, los principios del derecho sancionatorio incluyen el principio de legalidad, tipicidad, aplicación de la ley más favorable, non bis in ídem, y la presunción de inocencia hasta no ser declarado culpable<sup>31</sup>. De este último principio, se ha derivado el principio de culpabilidad, que en el ámbito penal hace referencia a la necesidad de demostrar una responsabilidad subjetiva en la gravedad de la sanción que se impone en el proceso de pérdida de investidura, exige que éste se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad —las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía—, objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, y culpabilidad”. Elocuente pasaje que me releva de mayores elucubraciones.

Actualmente se tramita un proyecto de ley ordinaria<sup>32</sup>; opino que debería ser a través de una ley estatutaria, so pena de que sea declarada luego inexecutable por la Corte Constitucional conforme al artículo 152 de la C.P.<sup>33</sup>. Derogaría la Ley 144 de 1994<sup>34</sup> que es una ley ordinaria. Consagraba el procedimiento en única instancia, declarado executable en su momento por la Corte Constitucional<sup>35</sup>.

Dispone el proyecto, en forma obvia, que se observará el debido proceso, conforme al artículo 29 de la C.P.; conocerá la Sección Quinta del Consejo de Estado en primera instancia de la pérdida de investidura de los congresistas a solicitud de la mesa directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución; a su turno la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo será competente para decidir el recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, sin la participación de los magistrados que decidieron el fallo recurrido; los términos serán de un plazo no mayor de 20 días hábiles para dictar las sentencias. La anterior normatividad no contemplaba la caducidad, característica de una acción pública, sin embargo y en contravía de esa regla, ahora el proyecto dispone un plazo para presentar la demanda de cinco años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho generador de la causal de pérdida de

---

31. Artículo 29 de la Constitución.

32. “Por el cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”. Enrique Gil Botero, Ministro de Justicia y del Derecho.

33. “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b. Administración de justicia; (...); d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (...)”.

34. Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas.

35. Mediante Sentencia C-254A-12 de 29 de marzo de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

investidura, so pena de que opere dicho fenómeno. Respecto a la obligación del actor de presentar personalmente la solicitud o hacerlo ante juez o notario<sup>36</sup>, estimo que desconoce abiertamente lo dispuesto en el art. 83 de la C.P. y contribuye a la perversa congestión judicial. Son susceptibles del recurso extraordinario especial de revisión, interpuesto dentro de los dos años siguientes a su ejecutoria, las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un parlamentario. Dispone el último artículo que los procesos que se encuentren en curso al momento de la entrada en vigencia de esta ley, deberán ser enviados a la Secretaría de la Sección Quinta, en el estado en que se encuentren, siempre que no se haya practicado la audiencia pública y que los procesos en los que se hubiere practicado dicha audiencia quedarán de única instancia, desafortunada regulación por cierto.

Se lee en la exposición de motivos que el Consejo de Estado<sup>37</sup> caracterizó la pérdida de investidura como una acción pública que da luz a un proceso de responsabilidad política que conlleva la imposición de una sanción jurisdiccional de carácter disciplinario, que implica la cesación en el ejercicio de sus funciones legislativas y la imposibilidad de volver a ocupar un cargo de elección popular. Sanción que, según la Corte Constitucional<sup>38</sup>, es equiparable, por sus efectos y gravedad, a la destitución de los altos funcionarios públicos, pues su finalidad es garantizar el prestigio y respetabilidad de quienes desempeñan la función legislativa. Añadió que la doble instancia en los procesos de pérdida de investidura de congresistas es un imperativo convencional, porque, (i) amplía la garantía del debido proceso disciplinario para los funcionarios que ejercen la función legislativa por mandato popular; y (ii) dotar a la administración de justicia de un procedimiento que ofrece mayor garantía de corrección en la aplicación del derecho, en un proceso que tiene consecuencias de suma importancia para el sistema político. La explicación del trámite de ley ordinaria es muy precaria: “La reforma legislativa propuesta se trata de una modificación de algunos aspectos puntuales del proceso regulado por la Ley 144 de 1994, sin que se pretenda trastocar todo el andamiaje procesal que ya existe, pues se considera que hasta el momento su funcionamiento es óptimo”.

### **Acotación final**

Valga advertir, a título de colofón, que todos estos problemas podían y debían resolverse por las autoridades judiciales y administrativas a través del recurso de convencionalidad

---

36. La Corte Constitucional ya se había pronunciado por sentencia C-237-12 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (sentencia de constitucionalidad condicionada).

37. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de junio de 2001. Rad. AC 098 y sentencias del 3 de agosto de 2004, Rad. PI 367, 5 de mayo de 2005 y de 5 de abril de 2005, Rad. PI 1215.

38. Corte Constitucional, sentencia C-319 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-935 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-544 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.



como expresión concreta del control de constitucionalidad. El siguiente fragmento<sup>39</sup> culmina este escrito:

“Corolario del discurso anterior, se impone a todos los operadores jurídicos, en especial a los de la judicatura, aplicar el control de convencionalidad en la solución de los problemas del derecho, concretándolos, a partir de eventos específicos, consonante con las reglas establecidas en los estándares internacionales en relación con el Derecho Internacional de Derechos humanos —DIDH—, derecho internacional humanitario —DIH— y derecho penal internacional —DPI—, aunado a la jurisprudencia y doctrina de los organismos internacionales que aplican e interpretan esa normatividad, sumado también a la jurisprudencia y doctrina nacionales”.

El control de convencionalidad lo definió así Juan Carlos Hitters<sup>40</sup>:

“El «control de convencionalidad» es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una «comparación» entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *iuscogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados”.

Pereira, mayo 14 de 2017

---

39. ECHEVERRI QUINTANA, Eudoro. *Acercamientos al control constitucional. Temática inacabada*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 1ª edic., 2014, p. 242.

40. HITTERS, Juan Carlos. “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación”. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>

# LA ORALIDAD EN COLOMBIA, UNA APUESTA AL PROCESO DEMOCRÁTICO

Rafael Antonio Matos Rodelo<sup>1</sup>

## INTRODUCCION

El lenguaje es el medio de comunicación que utilizan los seres humanos para relacionarse en sociedad, bien a través de signos o manifestaciones orales, o escritas que hacen posible que éste cuestione su entorno y realice cultura, es la capacidad de pensar el mundo y crear conocimiento. El lenguaje humano puede contar con 30.000 ó 40.000 años de existencia<sup>2</sup>.

A través de la palabra el hombre se expresa, ha sido éste el que le ha permitido transmitir el conocimiento a generaciones venideras. Se tienen registros que el Homo Sapiens apareció en la tierra entre 45.000 o 100.00 años y fue con éste que se desarrolló el lenguaje verbal.

La oralidad, sin duda alguna, es una de las más antiguas formas de comunicación que ha empleado la humanidad, y consiste en la materialización del lenguaje humano mediante la palabra hablada.<sup>3</sup>

Así entonces, es posible inferir válidamente que desde que el derecho acompaña al hombre, las primeras formas de juzgamiento respondieron, no a un sistema, sino a un

---

1. Abogado, especialista en Derecho Procesal, Universidad Libre, especialista en Responsabilidad Civil Contractual, Extracontractual y del Estado, Universidad Autónoma Latinoamericana. Magister en Derecho Procesal, Universidad de Medellín. Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín, Catedrático de la Universidad de Medellín.

2. Tomado de: <http://www.rena.edu.ve/cuartaEtapa/psicologia/Tema13.html>. Parece ser que en la era de Neandertal (hará entre 100.000 y 30.000 años) se inició el lenguaje, pero que fue con la aparición del *Homo sapiens* (puede que con un cráneo y una cavidad bucal más adecuadas para el lenguaje) cuando se dio una evolución lingüística significativa. Así pues, el lenguaje humano puede contar con 30.000 ó 40.000 años de existencia. La enorme diversidad de lenguas que hay en el mundo, demuestra que una vez que apareció el lenguaje se produjeron los cambios a gran velocidad. No es posible saber si hubo una primera y única lengua, ni cuáles fueran sus sonidos, gramática y léxico. La lingüística histórica que se encarga de enfocar, descubrir y describir, cómo, por qué y de qué manera aparecen las lenguas, apenas puede sugerir hipótesis que expliquen el cambio.

3. MEROI, Andrea A, "Oralidad y civil". En *Oralidad y Proceso, una perspectiva desde Iberoamérica*. Universidad de Medellín, Medellín, 2009, pág. 27.

esquema oral, el cual posteriormente el mundo occidental mutó hacia un sistema con predominio de lo escrito.

En cuanto a la naturaleza de la oralidad, la doctrina no es pacífica en definir si es una regla técnica, o como afirman otros, un principio, sea lo uno o lo otro, es incuestionable que el derecho procesal busca que los tribunales se aproximen a la composición del conflicto intersubjetivo de intereses a través de la corroboración de las afirmaciones o infirmaciones realizadas por las partes, de manera pronta y certera, en donde, sin hesitación alguna, la oralidad de los procedimientos permite que tal cometido se logre de una manera más rápida.

De ello el legislador patrio ha sido consciente lo que se demuestra con el contenido del artículo 4.º de la ley 1285 de 2009 que modificó el artículo 1.º de la Ley 270 de 1996 al preceptuar:

“Artículo 4º. Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos...”

## 1. ESCRITURA Y ORALIDAD

El lenguaje a través de la expresión escrita es de aparición reciente, pues se dice que ésta se desarrolló hace más de 5.000 años, en Mesopotamia, como resultado del crecimiento de las ciudades, originado en necesidades tendientes a crear un sistema de control para conservar los datos que interesaban al gobernante. Pero es en el proceso romano-canónico, donde la escritura se introduce con ímpetu. Allí los canonistas, como forma de control social, se dan a la tarea de diseñar un proceso secreto (reserva del sumario), con un sistema tarifario de pruebas, con un juez investigador, acusador, sentenciador y verdugo y en donde por supuesto tuvo la escritura un papel rutilante. Este predominio del elemento escrito, como decía el maestro Capelletti<sup>4</sup>, se convirtió absolutamente, en monopolio exclusivo cuando se impuso el principio “*quod non est in actis non est in mundo*”, o sea el principio de la inexistencia jurídica de los actos procesales no resultantes de las “actas” (escritos, protocolos de causa), y de la consiguiente nulidad insaneable de la sentencia no enteramente basada sobre tales actos escritos.

---

4. CAPELLETTI, Mauro. *Oralidad y Pruebas en el Proceso Civil*. Ejea. Buenos Aires. 1972. Pp. 35.

Aun cuando como memora Capelleti<sup>5</sup>, la Revolución Francesa se preocupó por abolir el principio secreto de la *enquête*, la primera obra relevante inspirada en el “principio de oralidad” se dio en Europa en los años 1848 y 1850 con el rígido y dogmático código de Hanover y por supuesto el código austriaco de Klein de 1895, inspirado en el ideal de la oralidad y en la dirección del proceso por parte del juez que bien destaca Fairén Guillén<sup>6</sup> cuando asevera:

El principio de oralidad moderno —puesto que fue el primero en aparecer en la historia— en una legislación, corresponde a la ZPO austriaca de 1895, obra de Franz Klein. Él se mostró un decidido partidario de los principios de “oralidad” e “inmediación” (que van unidos, como se verá, *infra*), siempre que respondieran a su vez a las condiciones de “practicabilidad” (esto es, que fuera posible ponerlos en práctica, sin caer en corruptelas: lo cual precisaba una “infraestructura” de personal y de procedimiento adecuados) y de “adecuación” a las circunstancias de cada proceso: a fin de conseguir de ellos la “utilidad” de éste.

Para el profesor Taruffo<sup>7</sup>, posición que se comparte no debe existir antagonismo entre la escritura y la oralidad, el procesalista italiano lo explica desde los sistemas de common law y civil law. Afirma el autor:

...Sin entrar aquí en el tema general de la contraposición de principios entre oralidad y escritura, debo señalar que la distinción entre proceso oral y proceso escrito nunca ha representado, y no representa hoy, la distinción entre proceso de *common law* y proceso de *civil law*. Por una parte, de hecho, es fácil observar que: a) el proceso de *common law* considera numerosos actos escritos (probablemente no menos numerosos de aquéllos con los cuales se desarrolla un proceso de *civil law*), y esta tendencia ha ido reforzándose en la evolución más reciente; b) el proceso de *equity*, que por siglos ha representado un sector importantísimo del proceso inglés, y luego también del norteamericano hasta la fusión con el proceso *at law*, en la cual sin embargo han sido conservados numerosos aspectos del proceso *in equity*, era un proceso escrito. El empleo de pruebas escritas, además, no es menos frecuente en el *common law* que en el *civil law*, a pesar de profundas diferencias que atañen a otros aspectos del derecho probatorio.

Ningún titánico monstruo mitológico constituye el apareamiento de lo escrito para el trámite y desarrollo de los procesos jurisdiccionales, tampoco es admisible sostener que lo escrito es sinónimo de lentitud, congestión judicial o factor de ineficiencia ni que sea antípoda de la oralidad, pues a no dudarlo constituyen herramientas útiles para la construcción de un proceso democrático.

5. CAPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*. Pp. 47 y ss.

6. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1992, pp. 401.

7. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Artículos y conferencias. Editorial Metropolitana. Santiago. 2009. Pp. 231.

Desde esta aproximación, los procesos civiles modernos no pueden concebirse sin una fase que no sea escrita. No existe, salvo excepciones que sirven para confirmar la regla, procesos orales puros, como bien destaca el profesor Fairén Guillén<sup>8</sup>, al explicitar que: *La única excepción, por ser «casi totalmente oral, y por ello mundialmente admirado, es el proceso ante el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Creado hace más de diez siglos, se ha mantenido “puro” y “útil”, sin corruptelas; pero hay un elemento escrito: para ejecutar la sentencia proferida oralmente, precisa de un “título ejecutivo”; esto es, un protocolo abreviado de la misma.*

## 2. LA ORALIDAD

No es ningún desacierto afirmar que el hombre antes de poder codificar su pensamiento a través de la escritura, tuvo que comunicarse con sus semejantes bien a través de un lenguaje de signos gestuales o verbales; lo que da a entender que la construcción y bases de la civilidad encuentran soporte en el lenguaje oral.

Así lo ilustra el profesor Tejeiro<sup>9</sup> cuando plantea:

La oralidad fue el primer sistema de juzgamiento con que contó la humanidad. Se funda en la necesidad de comunicar oralmente los actos del proceso, en la medida en que las partes, los terceros y el juzgador manifiestan de esa manera sus intenciones, esto es, supone de entrada una forma de manifestación de las voluntades.

Mas no es ella, en sí misma y únicamente considerada, la que ofrece beneficio, pues no se gana mucho exponiendo vocalmente lo que puede expresarse también por escrito. Son los elementos con que ha de venir acompañada (sic) los que en verdad señalan un cúmulo de diferencias y remarcan los beneficios que, en celeridad, legitimidad y posibilidad.

Hace ya más de tres décadas señalaba Chiovenda que “la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente”.<sup>10</sup>

---

8. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1992, p. 399.

9. TEJEIRO DUQUE, Octavio. “Juez Director Del Proceso Civil”. Documento de trabajo. Módulo de aprendizaje autodirigido. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009, p. 79.

10. Citan PEDRO M. GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ. La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias. Las recoge DE LA RUA, F., “La oralidad en el proceso”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, núm. 39, 1999, p. 181.

La oralidad no puede estudiarse como un sistema puro, pues la tendencia mundial es un proceso que tiene carga escritural en sus primeras etapas y que se apalanca fuertemente en los principios de publicidad, concentración e intermediación en la prueba acompañado de las tecnologías de la informática y las comunicaciones (TIC).

## 2.1 La oralidad, principio o regla técnica del procedimiento

Lo primero que hay que destacar es la poca razón que le asiste a la Corte Constitucional<sup>11</sup> cuando entiende como principio a la oralidad, dijo el órgano de cierre:

La Corte llama la atención en el sentido de que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de *principio*. En este sentido cabe recordar que de tiempo atrás la teoría del derecho ha establecido la distinción conceptual entre *reglas y principios*, para advertir que si bien ambas constituyen normas jurídicas, su grado de vinculación y eficacia varía en uno u otro caso. Así, mientras las reglas son normas que “ordenan una consecuencia jurídica definitiva”, los principios son mandatos de optimización “que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas”. Distinción que ha sido ampliamente aceptada en el constitucionalismo moderno y específicamente en la jurisprudencia de esta Corporación, en los siguientes términos:

“La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los *principios* son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las *reglas* constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.

Así las cosas, mientras las *reglas* se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los *principios* trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica”.

Concebida a la manera de *principio*, la oralidad se proyecta entonces como una norma cuyo alcance puntual debe ser definido por el legislador de acuerdo con las características y necesidades de cada procedimiento en particular, lo que permite que su desarrollo e implementación pueda hacerse en forma gradual.

---

11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de C-713 de 15 de julio de 2008. Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Por el contrario, para el profesor López Blanco<sup>12</sup>, posición que comparto, la oralidad no es un principio sino una regla técnica de procedimiento. Indica el tratadista:

Desde el aspecto académico en mucho se puede contribuir a la simplificación y eficacia de nuestros sistemas procesales, si se replantea y coloca en su correcta posición, el concepto de principio informador del derecho procesal para erradicar de tal categoría algunos que se vienen enseñando como tales pero que no comprenden a su alcance, pues no se puede perder de vista que la acepción con que aquí se toma del concepto de principio corresponde a la que el Diccionario de la Real Academia señala como “idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”.

Es por eso que los principios informadores del procedimiento, son absolutos, no admiten contrarios, son permanentes y por ende inmodificables mientras se les tenga como tales, siempre deben observarse, no admiten excepciones, constituyen el norte del respectivo sistema procesal y a su desarrollo perentoriamente debe tenderse.

En igual sentido Alvarado<sup>13</sup> plantea que si el principio es un punto de partida; se deben formular entonces los principios necesarios para que, a través de un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero, se heterocomponga el litigio y los reduce a: 1) la igualdad de las partes litigantes; 2) la imparcialidad; 3) la transitoriedad del proceso; 4) la eficacia de la serie procedimental; y 5) la moralidad en el debate, en éste la oralidad no tiene entrada.

De hecho la Corte Constitucional<sup>14</sup> es cautelosa y si bien no reconoce que la oralidad no es más que una regla técnica procesal, dice sobre ella que: “Concebida a la manera de *principio*, la oralidad se proyecta entonces como una norma cuyo alcance puntual debe ser definido por el legislador de acuerdo con las características y necesidades de cada procedimiento en particular...”, lo que se ha demostrado con la precedente argumentación que resulta desatinada.

A pesar de la pugna, la oralidad, llámese sistema, regla o principio, no puede entenderse sin simbiótica relación con el principio de concentración e intermediación y por supuesto con el principio de publicidad en tanto en audiencia pública, cuando ello es permitido, se da el debate, se practican pruebas a los ojos de la sociedad en general y se propicia el debate dialéctico de las partes en cuanto lo que tiene que ver con la corroboración de los hechos que pretende sean valorados por el juez al asumir la decisión del conflicto intersubjetivo de intereses. Examinemos los principios citados.

---

12. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso*. Tomo I. Editores Dupré. Bogotá 2016. P. 104.

13. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. Editorial Juris. Rosario. 2006. Pp. 247-248.

14. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de C-713 de 15 de julio de 2008.

## 2.2. Concentración

El proceso concentrado en audiencias orales que propone el código general del proceso, hace que en una parte del devenir dialéctico del conflicto se instruya de manera oral, lo que de suyo no constituye resquebrajamiento como algunos piensan de la tutela judicial efectiva que reconocen diversos instrumentos internacionales.

A través de la concentración del proceso, ha querido el legislador que los actos procesales no resulten dispersos en el tiempo y resulten fluidos los actos procesales sin dilaciones injustificadas. Como plantea el profesor Montero Aroca<sup>15</sup>:

...la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el Juez y las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar sentencia. El ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto, y que si este ideal es difícilmente conseguible, la tarea del legislador y del tribunal consiste en aproximar lo más posible el procedimiento al ideal.

Quien se ha mostrado escéptico a la oralidad en los procesos civiles, es el profesor Taruffo,<sup>16</sup> quien, sin embargo, reconoce la importancia de la concentración sosteniendo que:

Como ya se ha dicho, la oralidad puede ser una forma eficiente para la práctica de las pruebas cuando se cumplen dos condiciones principales (además del contacto directo del juez de los hechos con las fuentes de prueba): la concentración y la resolución inmediata al final de la última vista. La concentración del proceso, y en especial de la práctica de las pruebas, resulta indispensable para preservar el carácter oral de las pruebas...

Resulta incuestionable que los términos de duración del mismo se verán reducidos, pero no son sinónimo de descongestión judicial, venciendo la creencia que la atemporalidad del proceso se justifica en una supuesta averiguación de la verdad, concepto último que constituye desafuero a la tutela judicial efectiva. Sobre el tema, Ferrer Beltrán<sup>17</sup> alude:

...Es común advertir que una justicia lenta no es justicia. Con ese aforismo se quiere señalar, entre otras cosas, que es un interés jurídico primordial que la solución para las controversias se produzca en un plazo de tiempo razonablemente corto, de modo que

15. MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional*. T: I, Parte general. José María Bosch Editor S. A., Barcelona, 1991. Pág. 540.

16. TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil (versión abreviada). <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>

17. FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2007. P. 37.



se resuelva el conflicto social o personal subyacente y que no se alargue la inseguridad jurídica (JACKSON, 204: 125-127). Además si se tiene en cuenta la función de motivación de la conducta a la que se ha hecho referencia con anterioridad, se podrá decir también que cuanto más se dilate la aplicación judicial de las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para el caso en que se realice o se omita la conducta condicionante, menor será la motivación que la norma en cuestión será capaz de producir. Por todo ello, parece claro que el interés por la averiguación de la verdad, que por sí solo justificaría largas investigaciones (y quizás un proceso decididamente inquisitivo) debe ponderarse con el interés por una decisión adoptada en un corto lapso temporal.

En síntesis, a través de la concentración se procura que el proceso se realice en el menor tiempo posible, que las partes obtengan de manera celera la resolución de su conflicto intersubjetivo de intereses por la jurisdicción, evitándose decisiones que si justas, pueden ser muchas veces tardías.

### 2.3. La publicidad

La publicidad es una garantía judicial, específicamente así lo contempla el Pacto de San José de Costa Rica quien como tal la consagra en el numeral 1 Artículo 8 y advierte que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por su parte el artículo 3 del C. G. P. preceptúa que: “*Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva*”, como en algunos asuntos de familia en donde se restringe el derecho a estar presentes en la audiencia en procura de amparar derechos de menores o asuntos de cariz íntimo o privado de las partes; o cuando se trate de persona enferma que deba ser interrogada y no pueda comparecer al despacho, la que conforme a lo dispuesto en el Artículo 199 del C. G. P. se le prevendrá para que permanezca en su habitación el día y hora señalado para la audiencia en donde, de ser el caso, podría el juez autorizar la utilización de medios técnicos. También conforme al artículo 107 numeral 5 *ibídem*, las audiencias y diligencias serán públicas, salvo que el juez, por motivos justificados, considere necesario limitar la asistencia de terceros.

Por último otra excepción a la publicidad la constituye la solicitud de práctica de medidas cautelares, en tanto que el trámite de las mismas gozan de cierta reserva y ello entendiéndose que de no actuarse de tal manera es probable que el efecto que se busque con la cautela pierda su efectividad por el conocimiento anticipado de la misma por el demandado.

Tan importante resulta la publicidad del proceso que el legislador de 2012, en cuanto al emplazamiento, ordenó que el Consejo Superior de la Judicatura llevará el Registro Nacional de Personas Emplazadas y determinará la forma de darle publicidad garantizando el acceso a través de Internet y estableciendo una base de datos que deberá permitir la consulta de la información del registro, por lo menos, durante un año, contado a partir de la publicación del emplazamiento.

#### **2.4. La intermediación**

Inmediación es proximidad a un lugar, que dentro del proceso no es más que a la presencia corporal del juez al momento de la producción de la prueba cuando ésta se surta en su presencia, bien sea física o por cualquier otro medio que los recursos tecnológicos permitan, como plantea el Código General del Proceso.

Resulta evidente que existe una relación directamente inescindible entre las posibilidades de que el juez tome contacto con las partes y los medios de pruebas, y la justicia de la sentencia que se dicte. La justicia intrínseca del fallo está casi inexorablemente predeterminada por el alcance y medida de lo que el juez pueda percibir en forma inmediata a través de sus sentidos. Inversamente, cuanto más mediata y lejana sea la visión de las circunstancias de hecho que motivan la decisión, como también de las partes, letrados y demás personas que intervengan en el proceso, más se ha de alejar la factibilidad teórica de una decisión ajustada a derecho.

Finalmente, llámese regla técnica o principio, lo que no resulta obcecado es manifestar que no es admisible ni en teoría o praxis, la oralidad sin intermediación real del juez en la conducción del debate probatorio en primera instancia el que tan celosamente plantea el legislador al establecer en el numeral 1 del artículo 107 del Código General del Proceso el que toda audiencia será presidida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso adverbando que la ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación.

#### **2.5. El uso de las tecnologías de la informática y las comunicaciones en los procesos**

La posibilidad de utilizar medios electrónicos e informáticos en la labor judicial no aparece con la expedición del Código General del Proceso, pues ya se tenía definido el uso de las tecnologías de la informática y comunicaciones al entorno judicial como lo establecía el artículo 95 de la ley 270 de 1996.

Ahora bien, el art. 103 del Código General del Proceso señala que en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICS) en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.

Lo dicho anteriormente evidencia la implementación de estatutos procesales con diligencias orales por audiencias, mismos que incluyen la aceptación de los avances tecnológicos, los cuales han tenido inferencia en el derecho mercantil desde la expedición de la Ley 527 de 1999<sup>18</sup>, en la cual se destacan elementos de gran trascendencia como la aceptación de la tecnologías en el desarrollo y práctica de la prueba.

Cuando se escriben estas líneas el Consejo Superior no ha cumplido cabalmente con la misión encomendada por el legislador, por lo que las menciones a usos tecnológicos deben tomarse con mesura, lo que si es cierto es que no hay óbice para que ciertas diligencias con o sin el concurso del Consejo Superior de la Judicatura, puedan realizarse dada la informalidad de los procedimientos y que se logre justicia pronta y diligentemente.

Lo anterior no puede tampoco convertirse en tótem tecnológico, puesto que ni ciencia ni tecnología en el derecho, significan de manera alguna infabilidad, como con acierto describe Popper<sup>19</sup>: *La ciencia no es un sistema de enunciados seguros y bien asentados, ni uno que avanza firmemente hacia un estado final. Nuestra ciencia no es conocimiento (episteme): nunca puede pretender que ha alcanzado la verdad, ni siquiera el sustituto de ésta que es la probabilidad.*

### 3. LA ORALIDAD EN COLOMBIA

Como constante histórica desde el nacimiento de nuestra república y especialmente desde finales de los años ochenta y principios de los noventa, en Colombia se ha venido hablando de congestión de la administración de justicia, por ello el Estado ha generado políticas estatales que permiten someter las controversias judiciales a través de un sistema en el cual se destaca la prevalencia de la oralidad.

Muestra de ello se tiene:

1) Con base en el Acto Legislativo Nro. 3 de 2002, se expidió la Ley 906 de 2004, reglándose el procedimiento penal y la oralidad en su interior, el que comprende, según la Corte Constitucional,<sup>20</sup> un sistema con características propias adaptadas al ordenamiento jurídico colombiano.

2) El 8 de noviembre de 2006 se expidió la ley 1098 —Ley de Infancia y Adolescencia—, la cual entró finalmente a regir el 31 de diciembre de 2009.

Como lo sostuvo el Consejo Superior de la Judicatura<sup>21</sup>, esta ley se fundamentó filosóficamente en la protección integral de los menores, establecida por la Convención In-

18. La Ley 527 de 1999 define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y firmas digitales.

19. POPPER, Karl R. *La lógica de la investigación científica*. Tecno Madrid. 1980. Pp. 259-260

20. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005. Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

21. Disponible en: [http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/CSJ/DESAFIOS%20DEL%20SISTEMA%20JUDICIAL\[1\].pdf](http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/CSJ/DESAFIOS%20DEL%20SISTEMA%20JUDICIAL[1].pdf)

ternacional de los Derechos del Niño y la Constitución Política con el fin de garantizar los derechos y libertades de las niñas, niños y adolescentes, así como las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado frente a ellos, y las medidas para restituir y preservar estos derechos, en caso de ser vulnerados.

El código implantó un modelo de justicia especializada acorde con el sistema penal acusatorio en todo lo que no afecte el interés superior del niño y adolescente y con un carácter estrictamente pedagógico y reeducativo.

3) El proceso disciplinario con la expedición de la ley 1123 de 2007 (mayo/07). Con respecto a la justiciabilidad disciplinaria de los abogados, el código disciplinario del abogado, consagra como principio axial de su estructura la oralidad y la inmediatez del juez disciplinario durante todo el desarrollo dialéctico del proceso, obviamente con la contradicción oral de las pruebas y argumentos.

4) Posteriormente la Ley 1149 de 2007, preceptuó que la implementación del sistema oral en la especialidad laboral se haría en forma gradual en un término no superior a cuatro años, a partir del 1.º de enero de 2008. Fase que se encuentra cumplida ya en todo el territorio nacional. Aunque dada la gran carga en justicia en esta especialidad tuvo que conformarse una Sala de Descongestión Laboral en la Corte Suprema de Justicia conforme lo ordenó la Ley 1781 de 2016 que modificó los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996.

5) En la justicia contenciosa administrativa la Ley 1437 de 2011, entró a regir el 12 de julio de 2012 en tales materias.

6) En materia civil, siguiendo el mandato contenido en la Ley 1285 de 2009 referente a la celeridad y la oralidad en los procesos jurisdiccionales, con la expedición de la Ley 1395 de 2010, se da el primer paso para lograr tal propósito, es decir, que la administración de justicia resultare pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento.

En efecto, la Ley 1395 de 2010 que rigió y sirvió de puente entre un sistema de predominancia de lo escrito sobre lo oral, no solo dispuso parámetros que permitieron en alguna medida la descongestión de los atiborrados despachos judiciales, sino que estableció sin ambages, el que ciertas actuaciones se realizaran de manera oral.

Ahora bien, el Código General del Proceso —Ley 1564 de 2012—, adopta un sistema mixto de oralidad en la que se distingue una fase escrita que avanza inclusive hasta la integración del contradictorio y otra fase oral que redundará en un sistema de gestión más eficiente de solución de conflictos.

No han sido pocas las reformas legislativas y constitucionales al modelo de proceso consagrado en el Decreto 1400 de 1970. A ésta, le fueron adosadas en procura de la agilización del proceso entre otras: el Decreto 2282 de 1989, la Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998, Ley 794 de 2003, Ley 1194 de 2008, Ley 1395 de 2010; y dentro

del campo constitucional la Ley 270 de 1996, que fuera reformada con la expedición de la también estatutaria Ley 1285 de 2009.

Conforme a lo expuesto, en los últimos 20 años las reformas en la justicia ordinaria y contenciosa administrativa en Colombia han pretendido cumplir con el objetivo de agilizar los procesos judiciales, ejemplo de ello son la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos y la ejecución de instrumentos que no sólo democratizan el proceso sino que en alguna manera permiten mayor eficiencia al mismo. Igualmente la oralidad se aviene como una herramienta que permite cumplir con los deberes de celeridad y eficiencia procesal.

De esta manera, los nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, como lo es el Nuevo Código General del Proceso colombiano, son una avanzada a obtener justicia presta; enmarcada dentro de los principios de celeridad y eficacia en el debate de las causas judiciales, lo que redundará en el acortamiento de los plazos o términos procesales para finiquitar los conflictos civiles.

Sin hesitación alguna la unificación de los procedimientos judiciales, teniéndose en cuenta los nuevos avances tecnológicos, son una forma de cumplir con el objetivo propuesto.

Desde este panorama, como exclama el profesor Bejarano<sup>22</sup>:

El tiempo dirá si se logró el cometido, y en ello contará de manera determinante la actitud que asuma el gobierno en términos económicos. En efecto, está por verse si efectivamente se van a realizar los millonarios desembolsos a la justicia para que implemente los recursos técnicos y humanos que requiere la nueva justicia oral. Si, como suele ocurrir, no se suministran los apoyos económicos, las normas de este nuevo Código General del Proceso, podrían convertirse en la más catastrófica desgracia legislativa, peor que la del esperpento de la tramposa reforma a la justicia, con la que casi asaltan a la nación.

Por supuesto que la predominancia de la escritura en los procesos no es la causa única de la lentitud del sistema judicial colombiano y necesariamente serán muchos asuntos en donde ésta siga predominando; de hecho basta observar cómo se estructura en el Código General de Proceso, el proceso monitorio o de ejecución, en donde el debate oral sólo tendrá lugar si existe oposición del intimado o excepciones por parte del ejecutado; es decir, que si no existe oposición se proferirá sentencia escrita en el primero de los asuntos o auto que ordena seguir adelante la ejecución en el segundo (artículos 421 inc. 2 y 440 inc. 2.º del C. G. P.). También habrá situaciones de puro derecho que no conlleven la práctica de medios probatorios que impliquen audiencias orales, ello porque en algunas ocasiones bastan las documentales que se alleguen a un proceso para que el mismo sea resuelto.

---

22. BEJARANO, Ramiro. “De los Nuevos Procesos Declarativos en el Código general del proceso”. Ponencia presentada en el XXXIII Congreso de Derecho Procesal. Cartagena, 2013.

La interrogación que queda en el ambiente es: ¿de qué elementos debe acompañarse la oralidad? A lo que debe responderse sin ambages, que ésta necesariamente requiere una fuerte inversión de capital en recursos tecnológicos, gracias a la fuerte apuesta que el Código General del Proceso hace sobre el ingreso de las tecnologías de la informática y la información, pero ello no basta; es imperioso un cambio cultural de jueces y litigantes, principalmente para cumplir con los anhelos de eficiencia y celeridad con que apunta la reforma procesal en la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa, so pena de su ineludible fracaso. A lo anterior hay que sumar la adopción real de un proceso concentrado y no lleno de suspensiones, aplazamientos o prórrogas, la presencia física del juez en las audiencias y obviamente la publicidad del proceso.

Es necesario develar falsas creencias acerca de ventajas quiméricas de una u otra forma en la instrucción de los procesos civiles, pues la oralidad no constituye panacea alguna para remediar las estructuras parsimoniosas de los procesos civiles, ni la escritura ha favorecido el que los procesos tengan una solución pronta, cumplida y eficaz.

La democratización y modernidad procesal, implican, como citaba el profesor Garcandía González<sup>23</sup>, que recoge palabras del maestro Chiovenda cuando exponía:

“...la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque, sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simple y prontamente”.

## BIBLIOGRAFIA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo Procesal versus prueba Judicial Oficiosa*. Editorial Juris. Rosario, 2006.

BEJARANO, Ramiro. “De los Nuevos Procesos Declarativos en el Código general del proceso”. Ponencia presentada en el XXXIII Congreso de Derecho Procesal. Cartagena, 2013.

CAPELLETTI, Mauro. *Oralidad y Pruebas en el Proceso Civil*. Ejea. Buenos Aires. 1972.

DEVIS ECHANDIA, Eduardo. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Editorial Aguilar. Madrid, 1966.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1992.

---

23. Garcandía González, ob. cit.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, 2007.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M. “La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias”. Las recoge DE LA RUA, F., “La oralidad en el proceso”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, núm. 39, 1999.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso*. Tomo I. Editores Dupré. Bogotá, 2016.

MEROI, Andrea A, “Oralidad y civil”. En *Oralidad y Proceso, una perspectiva desde Iberoamérica*. Universidad de Medellín. Medellín, 2009.

MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional*. T. I, Parte general. José María Bosch Editor S. A., Barcelona, 1991.

POPPER Karl R. *La lógica de la investigación científica*. Tecno Madrid. 1980.

TARUFFO, Michele. *La prueba. Artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana. Santiago, 2009.

TARUFFO, Michele. *Revista Ius et Praxis*, 12 (1): 69-94, 2006. I. Artículos de Doctrina. El proceso civil de “civil law”: Aspectos Fundamentales: Artículo publicado en el año 2001 por la Revista “*Il Foro italiano*”, también recogido en el libro “*Sui confini: Scrittisullagiustiziabile*” (Il Mulino, Bologna, 2002). Traducción Dr. Diego Palomo Vélez de la Universidad de Talca.

TEJEIRO DUQUE, Octavio. *Juez director del proceso civil*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2009.

## **JURISPRUDENCIA**

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de C-713 de 15 de julio de 2008. Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005. Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

## **CIBERGRAFIA**

<http://www.rena.edu.ve/cuartaEtapa/psicologia/Tema13.html>

[www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/CSJ/DESAFIOS%20DEL%20SISTEMA%20JUDICIAL\[1\].pd](http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/CSJ/DESAFIOS%20DEL%20SISTEMA%20JUDICIAL[1].pd)

# CONTROL DE LEGALIDAD EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS

**Ricardo León Carvajal Martínez\***

Este escrito pretende plantear inquietudes con respecto al control de legalidad que puede ejercer el juez como director del proceso en lo tocante a aspectos sustantivos del documento que puede prestar mérito ejecutivo, mismos que no deben agotarse con la interposición del recurso de reposición contra el mandamiento de pago en cuanto se trate de los requisitos formales.<sup>1</sup>

Por tanto, este artículo se ceñirá a evaluar si es posible atacar legalmente el documento que presta mérito ejecutivo en sus aspectos formales y sustantivos, no sólo con la interposición del recurso de reposición contra el mandamiento de pago, sino a través de la proposición de excepciones de mérito y las impropias u oficiosas que debe declarar el juez. Control de legalidad que se no se agota con el tema de los requisitos que establezca la ley para cada título ejecutivo en particular, sino que se debe extender a los aspectos de claridad, expresividad y exigibilidad del título ejecutivo, además que provenga del deudor<sup>2</sup> o de providencia autorizada legalmente; situación que no implica abordar las temáticas del control de nulidad ni de la competencia ni de las etapas procesales propiamente dichas.

En este orden, se presentan varios momentos procesales para que el juez ejerza el control de legalidad con respecto al documento que presta mérito ejecutivo, mismo que debe comenzar, (i) en forma temprana por parte del juez para decidir si libra o niega el mandamiento de pago o ejecutivo, puesto que el documento o el conjunto de documentos, según el caso y las normas sustantivas, cumple o cumplen con los parámetros establecidos en el artículo 422 del Código General del Proceso; (ii) por la parte demandada o ejecutada en lo que tiene que ver con los requisitos formales presentando recurso de reposición contra el mandamiento de pago; (iii) por el mismo demandado al formular excepciones de mérito

---

\* Ricardo León Carvajal Martínez. Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín, Especialista en Derechos de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín.

1. Artículo 430 C.G.P.
2. Artículo 422 C.G.P.



que ataquen aspectos sustanciales tanto del documento como del negocio u acto jurídico; (iv) por el juez al momento de dictar auto de seguir adelante con la ejecución o sentencia, según el caso; y (v) por el juez de segunda instancia, no con respecto a los requisitos formales, sino en relación con asuntos sustanciales, que pueden ir unidos a requisitos formales, escapando su análisis y decisión al recurso de reposición contra el mandamiento de pago.

Desde lo fáctico, lo sustantivo y lo normativo, puede preguntarse qué debe hacer el Juez si al momento de librar mandamiento de pago, posteriormente auto o sentencia que ordene cesar o seguir con la ejecución, y cuando sea viable, el de segunda instancia, para ejercer control de legalidad con respecto a un documento o conjunto de documentos que no alcancen la categoría de prestar mérito ejecutivo conforme lo establece la ley.<sup>3</sup>

Después de cerrada y superada la etapa del mandamiento de pago, ¿es posible posteriormente el control oficioso en aspectos sustanciales del documento?

Dichos cuestionamientos conducen a escudriñar cuáles serían los requisitos formales del documento que presta mérito ejecutivo, mismos que se agotan con la interposición o no del recurso de reposición contra el mandamiento de pago.

### **1. Control de legalidad de los requisitos formales del documento que presta mérito ejecutivo**

La problemática de agotar el control de legalidad con base en la presentación o no del recurso de reposición contra el mandamiento de pago, implica establecer qué se entiende por requisitos formales del documento que presta mérito ejecutivo.

Para tal efecto podría plantearse que dichos requisitos formales son la simple “estructura”, “caparazón” o “forma”<sup>4</sup> del título ejecutivo establecidos en la ley o en el acto o negocio jurídico que le da origen; pero hay que tener cautela para establecer cuándo dichos requisitos meramente formales pueden estar relacionados con la existencia, validez o eficacia de dicho documento. Lo anterior, por cuanto cumple la doble función de servir para su formación y en aspectos sustanciales, los cuales pueden tener la categoría de *ad substantiam actus*<sup>5</sup>, como puede predicarse de los títulos valores que para surgir a la vida jurídica y económica requieren de un soporte material (tradicional papel o documento electrónico), de unos requisitos de ley (unos generales y otros específicos para cada tipo de título valor en particular), de unas menciones de ley y del uso adecuado del idioma para que los derechos y las correlativas obligaciones queden incorporadas en forma clara, expresa y se pueda verificar su exigibilidad.

3. Artículo 42 C.G.P.

4. Lo sustancial (artículo 228 de la C.N.) no es el “ropaje” ni el “formato” ni la “proforma” ni el “traje” o “el caparazón”.

5. Artículo 256 C.G.P.

Tratándose del proceso ejecutivo que tiene como base para su activación un documento o conjunto de documentos que presten mérito, el juez como director del proceso en las etapas procesales pertinentes, incluyendo las posteriores al control de legalidad con respecto al mandamiento de pago, debe estar atento a aplicar los correctivos procesales y sustanciales consagrados en la ley, como puede ser al momento de proferir sentencia, tanto la de primera como la de segunda instancia.

Así, el control de legalidad en lo concerniente a la existencia, a la validez o a la eficacia del documento que presta mérito ejecutivo, no queda cerrado con la firmeza del mandamiento de pago. A pesar de lo prescrito por el artículo 430 del C.G.P., el mandamiento ejecutivo no ata al juez para el posterior examen del documento<sup>6</sup>, puesto que está en juego la certeza del derecho que se quiere hacer valer, misma que alcanza su máxima expresión con la providencia de fondo que ponga fin al proceso accediendo o negando lo pretendido.

Desde esta perspectiva cabe preguntarse si la claridad, la expresividad y la exigibilidad se agotan con la interposición o no del recurso de reposición contra el mandamiento de pago.

Para responder al cuestionamiento hay que resaltar que son precisamente estas características las que distinguen al documento que presta mérito ejecutivo de otros documentos que no alcanzan tal categoría. Por tanto si se entienden como simples requisitos de forma, no se presentaría inconveniente alguno en agotar tempranamente su control con la consagración del recurso de reposición contra el mandamiento de pago y la imposibilidad que los “defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso”<sup>7</sup>.

Sin embargo, si se aceptara tal posición jurídica, se cercenaría el control de legalidad por parte del Juez ante un problema sustancial, *verbi gracia*, la exigibilidad del derecho que haya pasado el primer examen con la firmeza del mandamiento de pago o ejecutivo. A modo de ejemplo, si el plazo o la condición o la aceleración de la exigibilidad no han acaecido, el acreedor legitimado por el título ejecutivo no podría acudir legalmente ante el Juez para solicitar su ejecución. Téngase en cuenta que sustancialmente está en entredicho su derecho para hacer valer su pretensión-derecho frente a la correlativa obligación del deudor.

En este contexto, resulta indispensable preguntar lo siguiente: ¿será que la no interposición del recurso de reposición contra el mandamiento de pago o la negativa frente al mismo, automática, legal y judicialmente hace que transcurra el tiempo, u ocurra la condición o se acelere la exigibilidad?

Si se considera que la exigibilidad es un simple requisito de forma del título ejecutivo, el hecho que no haya transcurrido el plazo para cobrarlo, o no se hubiere cumplido la con-

---

6. Artículo 282 C.G.P.

7. Artículo 430 C.G.P.

dición para que surja a la vida jurídica y económica el derecho, o no se presentan los presupuestos legales para acelerar su exigibilidad, ¿puede colegirse que automáticamente son subsanados por la firmeza del mandamiento de pago o ejecutivo?

Para responder se plantea que el examen inicial de los supuestos jurídicos y fácticos de claridad, expresividad y exigibilidad se podrían analizar como aspectos eminentemente formales, pero sin menoscabar los elementos sustanciales que pueden ser objeto del debate probatorio y del control de legalidad oficioso por parte del juez.

Por ende, durante el trámite del proceso y dentro de las oportunidades legalmente concebidas para tal efecto, el juez, como director del proceso<sup>8</sup> y en la búsqueda de la prevalencia del derecho sustancial<sup>9</sup>, tiene el deber de estudiar, tanto los requisitos formales, como los sustanciales del documento que se aporta como título ejecutivo, para verificar si la ley consagra requisitos *ad substantiam actus*, o si esos requisitos formales van ligados con aspectos sustanciales referentes a su claridad, a su expresividad, a su exigibilidad y que provengan del deudor o de una providencia tal y como lo consagra la ley<sup>10</sup> o tienen incidencia en su existencia o su validez o su eficacia.

La importancia del control de legalidad en el transcurso del proceso ejecutivo es prioritario y se radica, a diferencia de otros procesos, como el declarativo, en que en el ejecutivo se parte de la plena prueba (al menos formal)<sup>11</sup> de la existencia del derecho y de la correlativa obligación que se pretende hacer valer, con base en documento que preste mérito ejecutivo. La referida prueba puede ser controvertida durante el trámite, para brindar garantía al debido proceso y al derecho de defensa que lleva implícito el de contradicción. De ahí que el proceso ejecutivo sea una de las formas como el Estado, en el uso del monopolio de la administración de justicia, ejerce la coacción contra las personas que voluntariamente no quieren cumplir con sus obligaciones, amparados en un documento que presta mérito ejecutivo.

Por ello, la llave jurídica para ingresar al proceso ejecutivo es el documento que presta mérito ejecutivo, porque de entrada no se va a discutir ni la existencia ni la validez ni la eficacia de dicho documento. Así, cumpliendo los requisitos de ley, el juez se ve conminado a librar mandamiento de pago, tanto por obligaciones de dar, hacer o no hacer e inclusive por perjuicios, en los eventos legalmente permitidos.

En este orden, el derecho y la correlativa obligación deben ser claros, y ello acontece cuando ambos están expresados en forma diáfana y cristalina, son comprensibles, eviden-

---

8. Artículos 7, 8, 11 al 14 del C.G.P.

9. Artículos 228 y 229 de la C.P.

10. Artículo 282 y 422 del C.G.P.

11. Artículo 422 del C.G.P.

tes, inteligibles, es decir, que no se requiere de intrincados mecanismos axiológicos o de raciocinio para comprenderlos.

Asimismo, deben tener el carácter de expresos, cuando los derechos y las obligaciones están especificados, determinados o consignados en el documento, quedando plasmado en él, quién debe, a quién le debe, cuánto le debe, qué debe, dónde paga, cuándo paga, así se trate de obligaciones de dar, hacer o no hacer.<sup>12</sup>

Los derechos incorporados en el título ejecutivo deben ser exigibles, porque llegó el momento para hacer valer el derecho, puesto que la condición se cumplió<sup>13</sup>; el tiempo establecido entre el nacimiento del derecho y su exigibilidad transcurrió<sup>14</sup>; se aceleró su exigibilidad<sup>15</sup>; es necesario constituir en mora al deudor<sup>16</sup>; o se trata de una obligación pura y simple.<sup>17</sup>

Por último, los títulos ejecutivos deben provenir del deudor, en el entendido de que en tal documento se vierte la declaración de voluntad generadora de derechos y obligaciones emitidas por el deudor o con base en providencia dictada por autoridad competente en la forma como lo consagra la ley.<sup>18</sup>

## 2. ¿Título ejecutivo en copia?

Es preciso generar un interrogante adicional enmarcado en la temática de los requisitos formales o sustanciales del título ejecutivo, relacionado con el mérito que tiene la copia para constituirse en base para adelantar un proceso ejecutivo, atendiendo a que el artículo 244 del C.G.P. dispone que: “(...) Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso (...)”.

Sin embargo y para continuar con la discusión, el artículo en mención, entre otros aspectos, preceptúa que: “(...) Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo (...)”.

---

12. Artículos 424 y ss. del C.G.P.

13. Sucedió el acontecimiento futuro del cual dependía el nacimiento del derecho, artículo 1530 del C.C.

14. Artículos 1551 y 1608 C.C.

15. Artículo 69 de la Ley 45 de 1990; artículo 431, 468 del C.G.P.; artículo 19 de la Ley 546 de 1999.

16. Artículos 1608 C.C., artículo 423 el CGP.

17. Aquella que para su nacimiento y exigibilidad no está sometida a condición ni a plazo, al tiempo que nace el derecho se hace exigible.

18. Artículo 422 del C.G.P.

Por cierto, el tema del asunto de la originalidad del documento que presta mérito ejecutivo debe ser objeto de control de legalidad por parte del juez antes de librar mandamiento de pago y puede ser objeto de debate al desatarse el recurso de reposición contra dicha providencia, ello si se piensa que se trata de un requisito formal. Lo que genera la apariencia que en esa etapa del proceso se agota la discusión; pero si las razones jurídicas y sustanciales desbordan el simple marco formal, puede ser evaluado posteriormente por el juez en el auto o sentencia que ordene seguir adelante o no con la ejecución, inclusive el juez de segunda instancia hasta dictar sentencia, si se considerada que se desborda la simple formalidad para considerarlo como un requisito sustancial y hasta *ad substantiam actus*.<sup>19</sup>

Si se acepta simple y llanamente la normativa que dispone que para atacar los requisitos formales del documento que presta mérito ejecutivo, sólo procede el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, sin hacer ningún otro análisis sustantivo que según cada situación lo amerite, podría llegarse a la situación en donde se adelante y llegue a feliz término un proceso ejecutivo con base en una copia<sup>20</sup> de un título valor o al cual le falte la firma del creador, la forma de vencimiento, el derecho incorporado, la orden o la promesa incondicional de pago.

Ahondando en una ilustración de la problemática, si no se hace el control de legalidad por parte del juez, se podría llegar al siguiente escenario: tratándose de un título valor, que por su desarrollo histórico, económico, jurídico y con base en el principio de incorporación, requiere que sea original<sup>21</sup>, sea aportado al proceso ejecutivo en copia, con base en la cual se libra mandamiento de pago, decisión que no es objeto del recurso de reposición, su naturaleza no se discute al no proponerse excepciones de mérito cambiarias y se da continuidad al proceso al punto de proferir auto que ordene seguir adelante con la ejecución, todo ello con base en un documento que no alcanza la categoría de título valor; generándose la posibilidad **aún más gravosa**, en el caso que el original del título valor haya seguido el rumbo natural de su ley de circulación al punto de encontrarse en poder de un tenedor legítimo diferente al acreedor original<sup>22</sup>, quien por demás no hizo parte como demandante en el proceso anteriormente descrito.

### 3. Requisitos formales y sustanciales del título ejecutivo

Retomando la problemática de comprender el concepto de requisito “formal” del documento que presta mérito ejecutivo, para entenderlo posiblemente como el “ropaje” o

19. Artículo 256 del C.G.P. Artículos 619 y 620 del Código de Comercio, tratándose de títulos valores.

20. El título valor con base en el principio de incorporación consagrado en el artículo 619 del C. de Co., es bien mueble original.

21. Artículo 619 del C. de Co.

22. Artículo 647 del C. de Co.

“caparazón jurídico” compuesto por aquellos elementos prescritos por la ley, dicha hipótesis crea la incertidumbre de si todos o algunos de ellos, según cada situación en particular, tienen relación directa con su existencia, validez, eficacia, son *ad substantiam actus* o la combinación de algunos o de todos ellos; y en tal evento, si se trata de asuntos de esta índole, ¿cómo cerrar la posibilidad de su ataque o control oficioso por parte del juez, con el agotamiento de la interposición o no del recurso de reposición contra el mandamiento de pago?

Recientemente y antes de la reforma del artículo 497 del Código de Procedimiento Civil, en adelante C. de P.C., introducida por el artículo 29 de la Ley 1395 de 2010, la solución al problema del control de legalidad hasta inclusive al dictar sentencia de segunda instancia, tenía solución en la normativa., en tanto contra el mandamiento de pago se podía interponer el recurso de reposición según el artículo 348 del C. de P.C. sin estar anclado al tema del ataque de los requisitos formales del documento que presta mérito ejecutivo, no cercenándose el derecho y la posibilidad de proponer excepciones de fondo.<sup>23</sup>

Luego, el artículo 29 de la Ley 1395 de 2010, estableció que los requisitos formales del título ejecutivo “sólo” se podían discutir a través del recurso de reposición contra el mandamiento de pago, dejando a salvo el control oficioso de legalidad.

Fue posteriormente que el artículo 430 del C.G.P. en uno de sus apartes, prescribió que dichos requisitos formales “(...) sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante con la ejecución, según fuere el caso.”

Se insiste en que el planteamiento buscado con este escrito, es abrir la problemática en torno a no agotar la discusión de los requisitos formales que tengan relación directa con aspectos sustanciales del título que presta mérito ejecutivo tales como su validez, existencia, eficacia, claridad, expresividad, exigibilidad o de la certeza que proviene del deudor o de una decisión tomada por la autoridad establecida en la ley<sup>24</sup>, a los recursos ordinarios de ley. Lo anterior por cuanto el juez, tanto de primera como de segunda instancia, se encuentran amparados en el control de legalidad pedido por la parte al presentar excepciones de mérito<sup>25</sup> o cambiarias<sup>26</sup> y en forma oficiosa<sup>27</sup> cuando “halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia...”

---

23. Artículos 509 y 555 del C. de P.C.

24. Artículo 422 del C.G.P.

25. Artículo 443 del C.G.P.

26. Artículo 784 del C. de Co.

27. Artículo 282 del C.G.P.

Para ilustración y a propósito, el Consejo de Estado que ha conocido de la segunda instancia de las decisiones proferidas por los tribunales administrativos, ha diferenciado los aspectos formales de los títulos ejecutivos de los sustantivos esenciales:<sup>28</sup>

Los “formales”, “(...) Consisten en que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación sean auténticos y emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, de un acto administrativo debidamente ejecutoriado o de otra providencia judicial que tuviere fuerza ejecutiva conforme a la ley.”

Los “sustanciales”, (...) “Se traducen en las obligaciones que se acrediten a favor del ejecutante o de su causante y cargo del ejecutado o del causante, sean claras, expresas y exigibles.”

Si se toma como referente este precedente, sería dable predicar que los requisitos del documento que presta mérito ejecutivo que tengan que ver con las obligaciones expresas, claras y exigibles se pueden proponer como excepciones de fondo, donde, siguiendo la línea del Consejo de Estado, se incluirían todos los requisitos del documento que presta mérito ejecutivo, diferentes a su autenticidad y de quién provengan.

Así, el juez está en la obligación de declarar oficiosamente, si aparecen probadas dentro del proceso, excepciones de fondo que abarquen los requisitos propios del título y aquellas que buscan atacar el derecho que se pretende cobrar.

A su turno, la Corte Constitucional<sup>29</sup> dispuso que

“Los títulos ejecutivos deben gozar de dos tipos de condiciones: formales y sustanciales. Las primeras exigen que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, (i) sean auténticos y (ii) emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme.

Desde esta perspectiva, el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando la obligación está conteni-

---

28. Providencias del 31 de enero de 2008 —radicado 2007.0067. Sección Tercera, Consejera Ponente Miriam Guerrero de Escobar; del 5 de octubre de 2000, radicado 16868, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez; del 3 de agosto de 2000, radicado 17468, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez.

29. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-747 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

da en varios documentos. Las segundas, exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible. Es clara la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple.”

Igualmente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>30</sup> ha ratificado la posibilidad de decretar excepciones de fondo en el proceso ejecutivo, principalmente cuando falla el título, al expresar:

“(…) conviene aclarar que no se trata en estos casos del reconocimiento por capricho de excepciones de mérito por parte del juzgador ad quem, ni menos aún de acoger las que el demandado no propuso con observancia de los requisitos que indica el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, sino de la verificación indispensable del cabal cumplimiento de las condiciones que el ordenamiento jurídico señala para que pueda fundarse la vía de coacción autoritaria contra la persona frente a la cual ha sido despachada ejecución, verificación que en todo caso han de realizar los órganos jurisdiccionales ejecutores de manera oficiosa como acaba de verse, habida cuenta que, como es bien sabido, las ejecuciones se aseguran y se legitiman en el título aportado como base de recaudo que en consecuencia es su condición y medida, y por principio nada debe impedir la iniciación de trámites de esta estirpe siempre y cuando dicho título los justifique, luego si así no ocurren las cosas y en sede de apelación llega a encontrar el juez de segunda instancia que, aun a pesar del silencio guardado por los litigantes sobre el tema, falta el título, elemento constitutivo de la llamada pretensión ejecutiva y a la vez factor condicionante de la procedibilidad de la vía legal que lleva el mismo nombre, no puede remitirse a dudas que así debe declararlo y por lo mismo cuenta con la facultad para hacerlo, sin pecar obviamente contra las reglas de congruencia en los fallos civiles, lo que excluye por añadidura que, apoyándose en la existencia de una providencia con esos alcances, sea posible controvertir con éxito la validez de esta última, aduciendo falta de competencia para proceder de este modo, descalificando un título que en un principio no ofreció reparo.”

El anterior planteamiento conduce a que los requisitos propios de cada título o documento que preste mérito ejecutivo, en particular y regulados en la ley, no se pueden, sin un previo análisis, enlistar en los denominados requisitos formales, porque muchos de ellos,

30. En sentencia del 17 de mayo de 2013, radicado 2011-0045, Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda, que refiere al fallo de revisión S-090 del 9 de agosto de 1995, expediente: 5093.



así aparentemente hagan parte de este grupo, pueden ir impregnados de elementos sustanciales que los ubicaría como aspectos a ser tenidos en cuenta en las excepciones de fondo propuestas y aquellas que son declaradas de oficio.

Si se acoge el precedente jurisprudencial de las altas cortes, aunado a lo que se ha expuesto en este escrito, los requisitos relacionados con el surgimiento a la vida jurídica y económica del título que preste mérito ejecutivo, encuadran en lo que denominaríamos sustanciales y no simplemente formales.

Por ejemplo, ¿qué pasaría si un problema en la fecha de vencimiento como requisito del título no es alegado a través del recurso de reposición contra el mandamiento de pago, y posteriormente el Juez constata que se estaba cobrando judicialmente el derecho contenido en el título ejecutivo antes de transcurrir el plazo para proceder legalmente con el cobro del mismo? ¿Será que los aspectos sustanciales que pueden ser atacados o declarados de oficio después de pasar el documento que presta mérito ejecutivo el control de legalidad del mandamiento de pago, se ciñen estrictamente a la existencia<sup>31</sup>, eficacia<sup>32</sup> del derecho o a su validez?<sup>33</sup>

Con los cambios que introdujo el Código General del Proceso al trámite ejecutivo, especialmente al cuestionamiento de los requisitos formales del documento que presta mérito ejecutivo sólo a través del recurso de reposición contra el mandamiento de pago, la respuesta a los cuestionamientos precedentes se irán elaborando legal, doctrinaria y jurisprudencialmente en la medida en que en cada caso en concreto, se vayan delineando los requisitos formales, siempre que no están relacionados con aspectos sustanciales que puedan ser objeto de excepciones de mérito y hasta declaradas de oficio por el juez, tanto en primera como en segunda instancia, al momento de dictar auto o sentencia, según el caso.

#### **4. Proceso ejecutivo. Proceso declarativo**

El proceso ejecutivo, a diferencia del declarativo, tiene connotaciones especiales, por cuanto para que proceda se tiene que partir de la plena prueba del derecho que se pretende hacer valer y el juez, una vez verificado, entre otros aspectos, que el documento o el

---

31. Entendiendo los requisitos de existencia como la falta de declaración de voluntad, la falta de objeto, la falta de causa y el incumplimiento de requisitos ad substantiam actos; artículos 824 y 898 del C. de Co.

32. La inexistencia o la ineficacia consagrada en el artículo 620 del C. de Co. referente a la exigencia legal que los títulos valores deben contener las menciones y llenar los requisitos que la ley señala; en consonancia con el artículo 897 del mismo estatuto.

33. Que la persona sea capaz; que consienta dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicios; que recaiga sobre objeto y causas lícitas; que no falten requisitos que la ley prescribe para el valor del acto o contrato; artículos 1502, 1740 y 1741 del C.C.

conjunto de documentos cumplen con estas características, además con los requisitos y menciones de ley, debe verificar si son claros, expesos, actualmente exigibles y provienen del deudor, conforme lo establece el artículo 422 del C.G.P.; proponiendo que este control se pueda extender aun por fuera de los límites del mandamiento de pago, tal como se ha venido sosteniendo.

Para ello, el proceso ejecutivo quedó configurado en dos grandes etapas:

La primera tiene que ver con la consolidación formal del documento que presta mérito ejecutivo, porque en firme el mandamiento de pago o resuelto el recurso de reposición que mantenga el mandamiento con base en el documento, no habría forma, ni por el mismo Juez que hizo ese control temprano, de volver a discutir este tipo de asuntos formales.

El segundo momento consistirá en que una vez en firme formalmente el documento que presta mérito ejecutivo se pueden proponer excepciones de mérito<sup>34</sup>, mismas que pueden ser declaradas oficiosamente por el juez, siempre que se encuentre probadas, sin que estas puedan abordar nuevamente aspectos formales del título, excepto que dichos requisitos vayan ligados y no se puedan desprender de aspectos sustanciales que escapen al recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo.

Lo que se quiere evitar es que un documento que formalmente no cumpla con los requisitos para alcanzar la categoría de título ejecutivo, sea controlado en la etapa temprana del mandamiento ejecutivo.

Es importante resaltar que el trámite con un documento que presta mérito ejecutivo es aquel que permite marcar la diferencia con el proceso declarativo, puesto que en aquel se parte de la certeza<sup>35</sup> de que el documento contiene una declaración de voluntad generadora de derechos y obligaciones emitida por el deudor y en favor del acreedor. El documento debe ser claro, expreso, actualmente exigible y debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley; en cambio en el proceso declarativo, se busca que la providencia dictada por el juez sitúe en cabeza del demandante el derecho perseguido, para, con base en ella, ejecutar al deudor.

Sin embargo, en ambos procesos se brinda la garantía al demandado de ejercer el derecho de defensa y de contradicción, pudiéndose desvanecer a lo largo del trámite ejecutivo el documento que inicialmente constituía plena prueba contra el deudor, de ahí la importancia del control de legalidad en aspectos sustanciales, como se ha planteado en este escrito.

---

34. Si se trata de acciones cambiarias se formularían las excepciones cambiarias consagradas en el artículo 784 del C. de Co.

35. El documento que presta mérito ejecutivo al ser claro, expreso, actualmente exigible provenir del deudor o de la providencia autorizada por la norma y cumplir con los requisitos de ley, es plena prueba del derecho y de la correlativa obligación que se cobra a través del proceso ejecutivo.

Por ejemplo, puede acontecer que el proceso ejecutivo se adelanta con base en un título valor, puesto que el tenedor legítimo-acreedor inició la acción cambiaria contra el obligado-deudor, documento que aparentemente cumple con los requisitos y menciones de ley, proviene del deudor, es original y soportado materialmente, es claro, expreso y actualmente exigible.

Agotada la etapa de defensa y de contradicción, la parte demandada, a pesar de ser deudor del acreedor-demandante, demuestra que dicha obligación no está sustentada en el hipotético título valor ni el documento que preste mérito ejecutivo; permitiendo generar el planteamiento de si en dicha situación hipotética se seguirá adelante con la ejecución o frustra la misma.

Si se parte de la premisa de que la puesta en marcha del aparato judicial, a través de un proceso ejecutivo, se basa en que presta mérito ejecutivo, esa posibilidad se vería truncada, porque precisamente este es un aspecto importantísimo que marca la diferencia con el proceso declarativo. Obsérvese cómo, para el supuesto planteado, el artículo 420 del C. de Co., desde lo sustantivo y haciendo prevalecer el derecho sustancial, estatuye:

“Los documentos y los actos a que se refiere este título sólo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma.

La omisión de tales menciones y requisitos no afecta el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto.”

De tal manera que no alcanzando la categoría del título valor, el derecho sustancial no se perturba, pero la forma de hacerlo efectivo a través del proceso ejecutivo se ve seriamente afectada, hasta el punto de cesar la ejecución al perder su sustento fáctico y jurídico.

A no ser que se entienda que con base en la reforma introducida por el Código General del Proceso al procedimiento ejecutivo, so pretexto que el ataque a los requisitos formales sólo se pueden plantear por medio del recurso de reposición contra el mandamiento de pago y buscando la prevalencia del derecho sustancial, que el punto de partida del proceso ejecutivo cual es el título que presta mérito ejecutivo, pasa a un segundo plano y será el acervo probatorio adicional el que determine si continúa o no la ejecución.<sup>36</sup>

Pero si el propósito del nuevo Código General del Proceso es limitar el ataque de los requisitos formales del documento que presta mérito ejecutivo, vedándole al juez la posibilidad de hacer control de legalidad posterior al recurso de reposición contra el mandamiento de pago y dándole prioridad a la aptitud procesal de la parte demandante en caso de no oponerse al desenvolvimiento probatorio si presenta excepciones de mérito, debió estable-

36. ÁLVAREZ Gómez, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Volumen III, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2015.

cer un solo proceso declarativo y dentro de él un trámite especial monitorio con prueba documental que diera apariencia formal de título que preste mérito ejecutivo.<sup>37</sup>

Proceso monitorio con prueba documental que brinde apariencia de título que preste mérito ejecutivo, en el cual si el demandado no se opone, se continúa con la ejecución, y en caso contrario, se atiende al aporte, práctica y valoración de las pruebas que reafirmen el título o lo destruyan, y a pesar de esta última situación, dejando de lado al título ejecutivo, con base en el haz probatorio, se continúa la ejecución.

Según este planteamiento, lo que importa es iniciar el proceso ejecutivo con una apariencia de documento que preste mérito ejecutivo, el cual se consolida con la firmeza del mandamiento de pago, para dejarlo inmaculado y limitar todo control o actuación posterior por parte del juez.

Por lo expuesto, es plausible pensar que el actual proceso ejecutivo combina elementos de trámite ejecutivo, declarativo propiamente dicho y declarativo especial-monitorio, pudiendo inquirirse, ¿será que la primera etapa del proceso ejecutivo con base en un título ejecutivo aparente<sup>38</sup> es una especie de proceso monitorio, pero que, a diferencia del proceso declarativo especial-monitorio<sup>39</sup>, se basa en una prueba documental con apariencia de documento que presta mérito ejecutivo?

Se itera que ante la dificultad de determinar cuando estamos en presencia de los requisitos formales del título que presta mérito ejecutivo, situación que no es de poca monta y será motivo de debate, el control de legalidad posterior a la firmeza del mandamiento de pago o ejecutivo, sigue en manos del juez cuando se trata de asuntos sustantivos y de requisitos formales que tengan relación con los mismos, porque habrá situaciones donde no es posible desligar un aspecto del otro.

A propósito y para reafirmar el control de legalidad por parte del Juez, mírese el artículo 11 del C.G.P. en el tema de la aplicación de las normas, en cuanto que al interpretar la ley procesal, se debe tener presente que el objeto del procedimiento es la efectividad de los derechos reconocidos por las normas sustanciales, ello aunado al artículo 42 del citado estatuto donde se consagran los deberes del juez, entre ellos, el de efectuar control de legalidad de la actuación procesal.

También, la congruencia consagrada en el artículo 281 del C.G.P., en tanto la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones planteadas en la demanda y en

---

37. Dejando a salvo la adjudicación o realización especial de la garantía real y las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real.

38. Se adelante proceso ejecutivo con base en documento que presta mérito ejecutivo aparente y el mandamiento de pago queda en firme.

39. Regulado en los artículos 419 y siguientes del C.G.P.

las otras oportunidades consagradas y con base en las excepciones probadas y el artículo 282 C.G.P., que faculta al juez para reconocer oficiosamente en la sentencia los hechos que constituyen una excepción.

## Conclusiones

El juez, como director del proceso, debe hacer control de legalidad con respecto a los requisitos formales y sustanciales del documento que presta mérito ejecutivo, no sólo con la interposición del recurso de reposición contra el mandamiento de pago, sino a través de la proposición de excepciones de mérito y las impropias u oficiosas.

Se presentan varios momentos procesales para que el juez ejerza el control de legalidad con respecto al documento que presta mérito ejecutivo, mismo que debe comenzar: (i) en forma temprana por parte del juez para decidir si libra o niega el mandamiento de pago o ejecutivo, puesto que el documento o el conjunto de documentos, según el caso y las normas sustantivas, cumple o cumplen con los parámetros establecidos en el artículo 422 del Código General del Proceso; (ii) por la parte demandada o ejecutada en lo que tiene que ver con los requisitos formales presentando recurso de reposición contra el mandamiento de pago; (iii) por el mismo demandado al formular excepciones de mérito que ataquen aspectos sustanciales tanto del documento como del negocio u acto jurídico; (iv) por el Juez al momento de dictar auto de seguir adelante con la ejecución o sentencia, según el caso; y (v) por el juez de segunda instancia, no con respecto a los requisitos formales, sino en relación con asuntos sustanciales, que pueden ir unidos a requisitos formales, escapando su análisis y decisión al recurso de reposición contra el mandamiento de pago.

Los requisitos formales del título ejecutivo son la simple “estructura”, “caparazón” o “forma” establecidos en la ley o en el acto o negocio jurídico que le da origen; pero hay que tener cautela para establecer cuándo dichos requisitos meramente formales pueden estar relacionados con la existencia, validez o eficacia de dicho documento, para que el juez ejerza control de legalidad.

Con los cambios que introdujo el Código General del Proceso al trámite ejecutivo, se irán delineando legal, doctrinaria y jurisprudencialmente los requisitos formales del documento que presta mérito ejecutivo, para establecer cuáles de ellos están relacionados con aspectos sustanciales que puedan ser objeto de excepciones de mérito y hasta declaradas de oficio por el juez, tanto en primera como en segunda instancia, al momento de dictar auto o sentencia, según el caso.

El proceso ejecutivo, a diferencia del declarativo, tiene connotaciones especiales, por cuanto para que proceda se tiene que partir de la plena prueba del derecho que se pretende hacer valer, y el juez, una vez verificado, entre otros aspectos, que el documento o el conjunto de documentos cumplen con estas características, además con los requisitos y menciones

de ley, debe verificar si son claros, expesos, actualmente exigibles y provienen del deudor, conforme lo establece el artículo 422 del C.G.P.; proponiendo que el control de legalidad con respecto al documento que presta mérito ejecutivo se pueda extender aun por fuera de los límites del mandamiento de pago..

## REFERENCIAS

ÁLVAREZ, Gómez. Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Volumen III. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2015.

Congreso de la República de Colombia. *Código Civil*. Editorial Leyer. 2009. Artículos 1502, 1530, 1551, 1608, 1740 y 1741.

Congreso de la República de Colombia. *Código de Comercio*. Decreto 410 de 1971. Editorial Legis. 2011. Artículos 619, 620, 647, 784, 824, 897 y 898.

Congreso de la República de Colombia. *Código de Procedimiento Civil*. Editorial Leyer. 2009. Artículos 509 y 555.

Congreso de la República de Colombia. Ley 45 de 1990. Artículo 431.

Congreso de la República de Colombia. Ley 546 de 1999. Artículo 19.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Artículos 7, 8, 11, 12, 13, 14, 42, 43, 256, 282, 422, 423, 424, 430, 431, 468, 619.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2008. Radicado: 2007-00067. Consejera Ponente: Miriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2000. Radicado: 16868. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia del 3 de agosto de 2000. Radicado: 17468. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

*Constitución Política de Colombia de 1991*. Editorial Leyes. 2010. Artículos 228 y 229.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-747 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de mayo de 2013. Radicado 2011-00045. Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

## **A nuestros colaboradores**

Solicitamos respetuosamente a nuestros colaboradores tener en cuenta las siguientes instrucciones:

1. Entregue sus artículos después de una cuidadosa revisión. Preste atención a las convenciones ortotipográficas más universalmente aceptadas. Tenga especial cuidado en incluir toda la información bibliográfica completa en sus citas y notas de pie de página. Presente unos originales cuidadosamente revisados. Remita sus trabajos digitados en una única fuente, Times New Roman. Todo artículo debe ser procesado en Word y el texto se ha de entregar impreso, además del respectivo archivo electrónico. El artículo debe estar acompañado un mini curriculum vitae del autor.
2. Se aceptan máximo quince páginas y mínimo cinco por artículo.
3. El autor es reponsable de los enfoques y conceptos expresados en su colaboración.
4. El Comité de Redacción es completamente autónomo para hacer las correcciones de forma de los textos que recibe.



# Confía en 4-72, el servicio de envíos de Colombia

Línea de atención al Cliente:  
**(57-1) 472 2000 en Bogotá**  
**01 8000 111 210 a nivel Nacional**

---

[www.4-72-com.co](http://www.4-72-com.co)



## **Allí hay poesía**

Cuando el pez salta por encima del agua  
cuando el pájaro canta en las mañanas  
cuando el anciano suspira su recuerdo  
y cuando el niño te sonrío dulcemente:  
allí hay poesía.

Cuando le hablas a la flor que está naciendo  
cuando el sol te despierta en la alborada  
cuando pronuncias la oración que te enseñó tu madre  
y cuando al equivocarte, rectificas:  
Allí hay poesía.

Si al que te ha ofendido le perdonas  
si cuando sufres un revés vuelves y empiezas,  
si sueñas que el mundo puede ser mejor  
y si amas el universo de tu vida:  
definitivamente, allí hay poesía.

**Ricardo Vera Pabón**