

BERBIQUÍ 65

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA

DIRECTOR:

Hernando Antonio Bustamante Triviño

COMITÉ DE REDACCIÓN:

Ricardo Vera Pabón

Luz Miryan Sánchez Arboleda

John Fredy Cardona Acevedo

Omar de Jesús David Tapias

Orlando Antonio Gallo Isaza

Gustavo Adolfo Villazón Hiturriago

Francisco Javier Loaiza Flórez

PORTADA:

Contemplación de la Justicia.

Se encuentra en el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en Washington, D.C.

Cortesía: Pixabay

CONTRAPORTADA:

Poema de Ricardo Vera Pabón

CORRESPONDENCIA Y CANJE:

Carrera 55 N.º 40A-20, oficina 310.

Edificio Torre Nuevo Centro La Alpujarra.

Teléfonos: 2616056, 2324398.

Cel.: 3225145720.

Correo electrónico:

secretario@juecesyfiscales.org

Facebook, WhatsApp, Twitter:

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

www.juecesyfiscales.org

Medellín, Antioquia.

BERBIQUÍ 65 Junio de 2019

CONTENIDO

EDITORIAL

LA SOLEDAD DEL JUEZ EN SU LABERINTO.

Director

3

ALCANCE PRÁCTICO DE LOS PROCESOS JURÍDICOS EN EL
PROCESO JUDICIAL ORAL.

José Domingo Ramírez Gómez

5

ARTICULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN EN
BÚSQUEDA DE LA EXCELENCIA DE LAS ORGANIZACIONES.

William Espinosa Santamaría, Ph D

18

HACIA LA NORMALIZACIÓN Y ESTANDARIZACIÓN DE LA
GESTIÓN DE CALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Martha Lucía Olano de Noguera

24

PRINCIPALES DISCUSIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE
NULIDAD O INEFICACIA DE TRASLADO PENSIONAL
EN COLOMBIA.

Harold Andrés David Loaiza

31

LA JUSTICIA COLOMBIANA EN CÓDIGO AZUL

Una mirada a nuestra condición de ser Juez hoy

José Alejandro Gómez Orozco

41

VARIACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA LUEGO DE FORMULADA
LA IMPUTACION EN EL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO
DE LA LEY 906 DE 2004, ANTES DE LA ACUSACIÓN. ASPECTOS
NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

Álvaro Luis Lora Herrera

49

EDITORIAL

LA SOLEDAD DEL JUEZ EN SU LABERINTO

Ahí está en su estrado desarrollando y ejecutando su digna y loable labor, con su equipo de trabajo, dentro de un marco normativo, jurisprudencial y su continua acción creadora de derecho, que deviene de la potestad constitucional de decir el derecho frente a las partes, la sociedad y el mundo, autónoma e independiente, lo que es una prenda de garantía de los derechos de las personas y seres sintientes.

Su decisión por naturaleza y esencia, de resolver el conflicto de intereses, juzgar e imponer la sanción de índole obligatoria y coercitiva, hace que surja un ganador y un perdedor, un condenado o un absuelto, por lo que resulta controvertida; por ello la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, la doble instancia y de la necesidad de un órgano de cierre, con el fin de finiquitar jurídicamente la controversia y que el asunto haga tránsito a cosa juzgada, brindando seguridad jurídica, concretando los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia.

La democracia colombiana se funda en el estado social y de derecho, el cual a su vez se apuntala en la labor del Juez, que se proyecta en decisiones autónomas e independientes, como lo consagra la Carta Magna en su artículo 230, “en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. La Equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Por lo que sin importar color de piel, credo que se profese, clase social o tendencias políticas, ante el juez todos comparecen en igualdad de condiciones más no de derechos, para que este materialice la administración de justicia, resolviendo en derecho y en algunas circunstancias en equidad, el caso concreto.

Labor ardua y complicada, más en nuestros tiempos donde se han personalizado los ataques a esas decisiones jurisdiccionales desde el ejecutivo, el legislativo, los representantes de los entes territoriales, los abogados, los medios de comunicación y debido a ello, hasta de la misma sociedad, quienes atacan no la decisión jurídicamente con una discusión

cimentada en la dialéctica, sino al funcionario o corporación de una manera irresponsable, señalándolos como los únicos responsables de la congestión, la morosidad, la injusticia, la impunidad y de que los delincuentes queden libres, llegando a los extremos de agredir directamente a la persona o su familia, con repercusiones hasta de índole internacional, como es la reprochable posición de negar y cancelar la visa de entrada a un país, porque se es Juez y tomó esta o aquella decisión.

Ataques que ponen en el ojo del huracán la investidura del Juez, como protagonista principal en un estado social y de derecho, lo que nos exige mostrar que pese a que nuestra función de administrar justicia es autónoma e independiente, como prenda de garantía de los derechos de las partes, ésta corresponde a un contexto articulado de acuerdo con el ideario plasmado en el preámbulo de la Constitución, pues la ley que aplicamos como operadores jurídicos, surgió del constituyente y el legislativo, siendo el ejecutivo el encargado de ejecutarla, lo que olvidan los que sin razón critican tan importante función, haciéndola ver como un actuar arbitrario e ilegal que surge de la soledad del Juez en su laberinto, sin tener en cuenta que tal actitud resulta sumamente peligrosa, porque desvirtuar la función del juez, equivale a hacer perder la virtud del estado social y de derecho, lo que nos llevaría a un estado de facto.

Como lo dijimos en un editorial anterior : “Nuestra labor, no se defiende en discursos veintejuleros, ni en los medios de comunicación y menos haciendo lobby en el ejecutivo o legislativo, sino materializando la autonomía e independencia de la judicatura en cada decisión proba, idónea, digna y ética que toma en función de la jurisdicción cada Fiscal y Juez de este país, resolviendo el caso concreto, lo que le pone de presente a la persona que solicita que se le administre justicia que pese a lo que se pregona por los medios informativos con bombos y platillos, en Colombia aún quedan Jueces”, agregándole, que está desde su despacho, solo ante la crítica mordaz y mal intencionada, pero siempre dispuesto a asumir su función cuéstele lo que le cueste, tal como lo ha demostrado a través de la historia, escrita con letras de sangre, cuando enfrentó al narcotráfico y la parapolítica, actuando dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, en cumplimiento de las directrices constitucionales.

¹Editorial de la revista Berbiquí número 62 que se tituló “En Colombia aún quedan Jueces”.

ALCANCE PRÁCTICO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL PROCESO JUDICIAL ORAL

José Domingo Ramírez Gómez¹

Todos los argumentos y todas las ideas aquí presentadas son una invitación al debate académico, en aras de construir un Estado social de derecho (ESD) real, no teórico, como en gran parte hemos tenido hasta ahora en nuestro país. Tengo la esperanza que la era de posconflicto en la que estamos, sea la oportunidad para ello.

Debo precisar que parto de la base de que las teorías son prácticas. De estudiantes siempre añoramos con ahínco la llegada a los cursos prácticos de la disciplina de estudio. Para descubrir, las más de las veces, que en la base de nuestras decisiones están los supuestos generales sobre los cuales construimos el conocimiento. Las percepciones sobre la vida, las relaciones con los demás y la razón de ser en la vida diaria, se mejoran inmensamente por el conocimiento teórico que sobre ellas realicemos.

1. A propósito de principios, en el principio era el verbo, es decir, la palabra. Era la palabra hablada porque la escrita se inventó hace cinco o seis mil años.

En el proceso oral judicial volvemos al principio, se privilegia la palabra hablada. En el escenario del proceso judicial oral, y con el diálogo personal que allí se presenta, se construye argumentativamente el derecho, en interacción articulada de las partes, los apoderados y los jueces. Pero también con los doctrinantes y académicos que son citados, con la jurisprudencia que ha establecido las sub-reglas de decisión y con los aforismos populares que son expresión cultural de la base socio-lingüística con la que construimos la “realidad” cotidiana.

En este punto, es importante indicar que se denomina argumentación, siguiendo al profesor Alfonso Monsalve Solórzano, en su libro *Teoría de la argumentación*, “el conjunto de técnicas discursivas que permiten provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se presentan a su asentimiento”.

Siguiendo al mismo autor, la interacción argumentativa requiere las siguientes condiciones:

“a) La existencia de un lenguaje común; b) el deseo de entablar una comunicación; c) el cumplimiento de las normas implícitas o explícitas para que tal comunicación se pueda entablar”. Sin estas tres condiciones es imposible cualquier intento de argumentar.

En este sentido, la sala de audiencias, lugar físico donde se desarrolla la interacción argumentativa oral en el proceso judicial, es un espacio lleno de simbología, que en el ESD debe reflejar la posibilidad real y efectiva, en el ciudadano usuario del sistema judicial, de concretar el derecho como instrumento de justicia social, no solo como expresión de poder de control social. Hay que admitir que los ciudadanos, en países como el nuestro, es más lo que sufren y padecen las instituciones, que lo que éstas le ayudan solidariamente a sobrellevar las vicisitudes de la vida diaria.

En el proceso judicial oral, podemos distinguir cuatro (4) clases de argumentación:

Argumentación fáctica: Es la que realizan las partes y los intervinientes frente al Juez y frente a los demás asistentes. El ciudadano usuario de la justicia, en su condición de demandante o demandado, expone los hechos de acuerdo con sus convicciones morales, los elementos que han formado su base cultural y lo que él cree son las mejores costumbres para vivir. Aquí el Juez debe igualarse en el nivel del ciudadano usuario para que, en un lenguaje coloquial se desarrolle un diálogo fluido, tranquilo y verificador de las circunstancias que anteceden el proceso judicial. Recordar los tres tipos de lenguajes.

Argumentación técnico-jurídica: Los apoderados y testigos técnicos. Estos son los depositarios de un conocimiento especializado, fundamentado en una construcción académica con pretensiones de cientificidad. Los “fundamentos de derecho” en los escritos de demanda, los alegatos de conclusiones, así como la oportunidad de intervención en las diferentes fases procesales, son, entre otras, oportunidades concretas para realizar la actividad discursiva lingüística que tiene la pretensión de ser un proceso de convencimiento de todos, en los temas por los que los apoderados abogan.

Argumentación de autoridad: La hace el Juez en la dirección del proceso y en la dirección de cada una de las audiencias. Aquél organiza el escenario, otorga la palabra a las partes y a los terceros, emite órdenes procesales, entre otras, todo dentro del principio básico de la ley procesal: el proceso ante el Juez es el instrumento idóneo para hacer efectivos los derechos sustanciales.

Argumentación de decisión de fondo: la hace el Juez en la sentencia. Debe ser racional y razonable, es decir, lógica y legítima. El Juez debe comprender que la sentencia es la “razón pública” por excelencia, en los términos expuestos por John Rawls. Por ello, ésta debe ser emitida en un lenguaje coloquial, combinándolo hasta donde sea posible con el lenguaje

técnico-jurídico, nunca usando el lenguaje vulgar. Y hasta donde sea posible, la sentencia debe ser pedagógica y aleccionadora en lo que políticamente concierne a la construcción del Estado social de derecho.

Construimos los discursos lingüísticos basados siempre en principios, aunque no seamos conscientes de ello. Los modelos mentales o paradigmas son parámetros de explicación, interpretación y predicción de lo que llamamos “realidad”. Por lo tanto, son la base, fundamento, pilar o modelo arquetípico con el cual “vemos” los fenómenos que acaecen en nuestra vida.

2. *Los principios jurídicos son la base de todo el ordenamiento jurídico.*

“Tanto los principios como las reglas son categorías de normas jurídicas”: Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 83. Tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento.

Entre otras, en la sentencia C-818-05, la Honorable Corte Constitucional dejó sentado que los principios jurídicos tienen la principal función de servir de base a todo el ordenamiento jurídico. Se manifestó así la Corte Constitucional en la mencionada sentencia:

“Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico. Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho. En cuanto a su función como instrumento para la interpretación, esta Corporación ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social”. Subrayas fuera del texto.

La sentencia C-818-05 fue la respuesta a una demanda de inconstitucionalidad de una norma disciplinaria. Dijo la Corte que los principios se expresan en reglas.

3. *Concepto de principio jurídico.*

Podemos decir, recogiendo el parecer de los principales estudiosos del tema que los principios jurídicos son postulados normativos que, por vía de inducción o abstracción generalizante, enuncian las mejores prácticas morales y éticas recogidas por la conciencia jurídica general de la Sociedad.

El profesor Hernán Valencia Restrepo, en su conocido libro “Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho”, define los principios generales del derecho, así:

“Los principios generales del derecho son normas jurídicas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas e implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento”.

Estos principios jurídicos se han juridicizado constitucionalmente a partir de la segunda guerra mundial, como respuesta a la normatización formalista del derecho que predominó hasta dicha época y a la justificación de los excesos políticos que se sufrieron, entre otros, con los regímenes políticos del facismo y del nazismo.

Tres (3) etapas en la interpretación judicial en relación con los principios del derecho: Escuela de la exégesis, escuela conceptualista y estado social de derecho (E.S.D.). En la primera, solo interpretación literal, desconfianza hacia el Juez. En la segunda: interpretación gramatical, histórica, filológica y sistemática, interpretación conceptual en boga en el liberalismo económico individualista. En la tercera etapa, la del E.S.D., los principios dotan de validez a todas las demás normas de inferior categoría a la Constitución, son fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

Estos principios jurídicos se han constitucionalizado, por lo anterior, se construyó un consenso que llevó a que la parte dogmática de las Constituciones contuvieran valores, principios, derechos fundamentales y garantías en favor de todos los seres humanos. La parte orgánica sería la instrumentalidad concreta de estos valores, principios, derechos y garantías.

Nuestra Corte Constitucional ha definido los principios jurídicos de la siguiente forma:

“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, ... 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”. Sentencia C-818-05.

4. Principal característica de los principios jurídicos: ser normas materialmente constitucionales.

El derecho constitucional es el estudio del conjunto de normas que “constituyen la base del derecho”. Y entre las normas constitutivas del derecho están los principios jurídicos.

En línea jurisprudencial ya consolidada, la Corte Constitucional ha sentenciado que los principios jurídicos son normas materialmente constitucionales. Reza así la definición de bloque de constitucionalidad:

“El bloque de constitucionalidad es aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”. Subrayas fuera del texto. Sentencia C-225-95.

Y luego, siguiendo con la misma línea, dijo la Corte Constitucional:

“Las normas del bloque (de constitucionalidad) operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico. Dado el rango constitucional que les confiere la Carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico; y, iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”. Sentencia C – 067 – 03. Subrayas fuera del texto.

Se hace énfasis en la función de los principios jurídicos de limitar la validez de las regulaciones subordinadas porque suponen, como lo veremos, la utilización de garantías procesales constitucionales como la inaplicación constitucional, la declaración de inconstitucionalidad y la ponderación para privilegiar unos derechos fundamentales sobre otros en pugna.

En el ESD la Constitución tiene un carácter abierto, para adaptarse a la dinámica y necesaria evolución económica, social, política y antropológica, sin perder su identidad. Es por lo que debe entenderse que el Derecho es un sistema institucional jurídico que contiene normas y principios:

“El derecho es un sistema de normas que formula la pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”. El concepto y la validez del derecho. Alexy, Robert, Trad, Jorge M. Seña, Barcelona, Edit, Gedisa, 1994, pág. 94.

5. Tres principios jurídicos básicos en el Estado social de derecho.

El principio de justicia.

Una norma jurídica puede ser justa o injusta. Ello, aparte del juicio que se puede hacer de si es válida o inválida y de si es eficaz o ineficaz. En el positivismo o normativismo, la justicia o injusticia de una norma no es un tema jurídico sino meta-jurídico. En esta última corriente solo la ley es la fuente formal del derecho y a ésta, válidamente emitida no se le puede calificar de justa o injusta.

Esta concepción del derecho varió profundamente después de terminada la segunda guerra mundial. Después de las duras circunstancias de la primera mitad del siglo XX se consolidó el desencanto con los supuestos teóricos de la modernidad. Este modelo, que predominó en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, no pudo explicar lo que sucedió en la primera mitad del siglo pasado: Dos guerras mundiales, régimen facista, nazista y estalinista, que absorbió la libertad individual, depresión económica norteamericana, revolución bolchevique, como los fenómenos más relevantes y representativos.

Se cayó en cuenta que, en realidad, el concepto de justicia sí era un tema central en el sistema jurídico, y para resolver la inevitable ambigüedad semántica de la palabra “justicia”, se acuñó como sinónimo de justicia social, el concepto de Estado social de derecho, es decir, preeminencia de los derechos sociales como expresión cabal de los derechos humanos, concretados así en la declaración universal de derechos humanos, ONU, 1948.

Como consecuencia de ello, en un ESD la sentencia de un Juez debe ser dictada en derecho y debe ser justa. No justa en el sentido de concretar individualmente una pretensión subjetiva, sino de aplicación social de la Justicia, es decir, el derecho como argumentación jurídica, válida, legítima y eficaz.

Uno de los mayores aportes del concepto ESD ha sido el cambio frente al concepto de fuente de producción de las normas jurídicas, es decir, el tema de las fuentes del derecho.

Y allí aparece la aplicación directa por los jueces de los principios generales del derecho (PGD). Los PGD son fuente directa, principal y fundamental del derecho.

Sub-principios constitucionales relacionados con el principio de justicia: vigencia de un orden justo, igualdad real y efectiva, función social de la propiedad, entre otros.

El principio de eficacia.

La Constitución es norma de normas y las normas y principios allí contenidos se deben aplicar de preferencia a otros. Allí aparece el tema de las garantías constitucionales para la efectiva aplicación directa de las normas constitucionales.

Indica la Constitución Política (en el inciso 2 del artículo 2) que las autoridades están instituidas para garantizar los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En cuanto a la eficacia de los principios, dijo la Corte Constitucional desde sus inicios de actuación jurisdiccional:

“Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden”. T-406-92. M.P. Ciro Angarita Barón.

Debemos preguntarnos ¿por qué la relativa ineficacia de los derechos sociales fundamentales? Existe una confrontación velada entre la constitución social y constitución económica.

Con el concepto de “Constitución Social” se describe la existencia de un conjunto de valores y principios constitucionales que expresan la voluntad política de la sociedad a través del constituyente primario, de construir unas relaciones de equidad económica, inclusión social y libertad real, entendida como la posibilidad efectiva de participación de todos en la vida económica, social, política y cultural. La existencia de la constitución social, su fuerza normativa directa y los mecanismos jurídicos de protección de aquella, conforman lo que se denomina Estado social de derecho

En cambio, la doctrina define de la siguiente manera la constitución económica: “Es el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según el orden que se encuentra reconocido en la Constitución” (Ariño Ortiz, 2004, pág.171).

En 1991, año en que se convocó y se integró la Asamblea Nacional Constituyente en nuestro país, geopolíticamente el mundo se acababa de re-organizar de manera muy diferente a como se hacía hasta ese momento, lo que tuvo profundas consecuencias en la manera como se plasmaron principios económicos en nuestra constitución

El principio de instrumentalidad del derecho y de las instituciones.

El derecho, en particular, y todas las instituciones, en general, son herramientas para alcanzar el logro de los valores constitucionales a través de los principios, garantizando el ejercicio de los derechos fundamentales. Es por ello que ha indicado la Corte Constitucional lo siguiente: Sentencia C-152-03: “El Estado está al servicio de la comunidad y no las personas al servicio del Estado”. Sentencias C-1064-01, C-557-01, C-774-01, C-695-01, entre otras: “Los principios, valores y derechos no son declaraciones o ideales, son garantías efectivas, mandatos que deben ser cumplidos”.

6. Características del proceso judicial oral:

Indicamos antes que el proceso judicial oral es el escenario donde se argumenta jurídicamente para convencer persuasivamente al Juez de ordenar la protección de unos derechos subjetivos o colectivos. Pero en este escenario de argumentación oral, se presentan las siguientes características:

Necesidad de repentización por los actores involucrados. La repentización es un proceso mental diferente al de improvisación. La repentización es una función mental que consiste en organizar las ideas de una manera coherente, jerarquizada y dialéctica para responder a un argumento lingüístico de la contra-parte judicial, pero que se debe ir elaborado al mismo tiempo que se va escuchando el argumento a rebatir. Deben priorizarse como argumento opositor los principios jurídicos, pues las reglas, propias de los códigos y reglamentos, normalmente no se tienen a la mano, y existe una imposibilidad práctica de consultar aun los aparatos electrónicos. La persona que rebate el argumento jurídico propuesto por la contra-parte, se encuentra allí en condiciones especiales de soledad, si se quiere de abandono, y deberá recurrir a la base normativa que se encuentre depositada en su sedimentada mente.

Fuerte intervención judicial. El Juez, por la propia dinámica de las audiencias que este debe dirigir, debe asumir un papel muy activo, en situaciones tales como: (i) ya sea ordenando la intervención de nuevas partes o intervinientes; (ii) saneando el proceso para evitar llegar a un final donde no pueda decidir de fondo; allí el Juez, dadas las circunstancias, podrá decidir dar por terminado el proceso o suspenderlo; (iii) Pruebas oficiosas y la distribución de la carga dinámica en materia probatoria; éstas, entre muchas otras posibilidades que se pueden presentar abrupta e inesperadamente a los apoderados e intervinientes.

Proceso judicial rápido y ágil. Solo en muy excepcionales circunstancias se pueden suspender las audiencias. Obsérvese como en muchas ocasiones la ley procesal autoriza a otorgar los

recursos ante el superior, en efecto devolutivo; el proceso oral es un proceso plano; la presentación del recurso de apelación debe hacerse inmediatamente después de emitida la sentencia oral.

Alto nivel de argumentación. Tanto cuantitativa como cualitativamente, pues el proceso judicial oral es una interacción constante entre las partes, los apoderados y el Juez, quien la dirige, ordena y decide.

Frente al alto nivel argumentativo de la sentencia, y por lo tanto, de los recursos, el profesor Manuel Atienza, en su libro *El derecho como argumentación*, señala que en el Estado Constitucional: "..., el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal-legislativo-de Derecho)".

El proceso judicial oral es un proceso de cara al ciudadano: por lo cual, el lenguaje utilizado debe ser coloquial y "moralmente correcto" (legítimo). El ciudadano observa las actuaciones de todos, apoderados, intervinientes y Juez. Aquel hace una valoración mental de la legitimidad de las argumentaciones. No son extraños casos en los que el mismo poderdante desautoriza el recurso de apelación que desea interponer su apoderado al encontrar justa, y a gusto con sus convicciones morales, la respectiva sentencia. O cuando desautoriza al apoderado en la presentación de recursos, pero por incompetencia argumentativa de éste último.

7. Alcance práctico de los principios jurídicos.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-818-05, dice lo siguiente en relación a los principios generales del Derecho:

"De suerte que, como lo ha reconocido esta Corporación, los principios tienen una naturaleza normativa que opera prima facie sobre las reglas, por virtud de la cual o bien pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto, o en definitiva, podrían dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía. Un ejemplo significativo se encuentra en la providencia C-126 de 1998, en la cual la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de varias disposiciones del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, en el entendido que la propiedad privada que se puede ejercer sobre los citados recursos, está igualmente sujeta a

todas las limitaciones y restricciones que derivan de la función ecológica de la propiedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 del Texto Superior. En sus propias palabras, este Tribunal manifestó:

“[Los] principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta. Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”.

Y, en el mismo sentido, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia con radicación No. 57.386, M. P. Clara Cecilia Dueñas Oquendo, febrero 24 de 2016, dijo:

“En efecto, los principios en la legislación laboral cumplen un papel estructural y de ordenación, en tanto orientan, informan y articulan sus reglas y, en tal medida, procuran por la coherencia interna de sus disposiciones. De otra parte, cumplen una función interpretativa e integradora, pues actúan como directrices en el proceso de hermenéutica y aplicación de las reglas, y en los eventos de insuficiencia normativa, se emplean como fuente integradora del derecho para resolver los asuntos difíciles o no regulados.

(...) En consecuencia, para dar cuenta de forma completa de las instituciones del derecho del trabajo, del alcance de algunas de sus reglas o de la solución más acertada, es factible que en la demanda de casación se haga alusión a los principios, para inclusive, derivar de su interpretación reglas específicas de solución a los casos y verdaderos derechos subjetivos”.

Obsérvese la prevalencia constitucional de los principios jurídicos, ordenada expresamente por las altas Cortes. De esta sub-regla constitucional, prevalencia constitucional de los principios jurídicos, se derivan consecuencias normativas y judiciales muy importantes. Entre otras posibilidades jurídicas, la de inaplicación constitucional de normas legales, en general de normas de inferior rango al legal. Y en relación con la inaplicación constitucional, cuando se violentan principios constitucionales como el principio de progresividad de los derechos sociales fundamentales.

Así, el juicio de proporcionalidad es un criterio metodológico para determinar si la intervención por el legislador sobre un derecho fundamental es o no contrario a la Constitución. Si lo es, conlleva la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que materialmente son leyes. Establece una relación entre los fines y propósitos de la ley o norma con efectos materiales de ley (test de necesidad), los medios para alcanzar dichos fines (test de idoneidad) y establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría (test de proporcionalidad en sentido estricto).

El juicio de ponderación es un criterio metodológico para determinar si la violación, por una autoridad pública, de un derecho fundamental, de un interés o un principio constitucionalmente es atendido al sistema jurídico. Veáanse al respecto las sentencias de salvaguarda de derechos fundamentales en acciones de tutela.

8. Casos prácticos de utilización de principios jurídicos en la solución de controversias judiciales del derecho laboral y de la seguridad social.

Principio Constitucional del “no abuso del propio derecho”. Este principio está explícito en el artículo 95, numeral 1, de la Constitución Política. Según la corte constitucional:

“Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. El abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros”, sentencia T-511 de 1993.

Se presenta la violación a este principio general del derecho, a título de ejemplo, en la elaboración de faltas graves inconexas con las labores desarrolladas por el trabajador, en los contratos de trabajo.

Principio general de no beneficio del propio daño. Pensión de sobrevivencia del cónyuge homicida. Queriendo aprovecharse de la orden legal, contenida en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 y modificado por la ley 797 de 2003, que ordena entregar la pensión de sobrevivencia al cónyuge supérstite, un homicida de su propia esposa solicitó ser declarado beneficiario de dicha prestación económica. La pretensión jurídica le fue negada al esposo homicida aplicando el principio general del derecho que indica que “nadie puede aprovecharse de su propio daño”.

Un caso de aplicación concreta del principio de progresividad de los derechos sociales. Por este principio no existe derogatoria tácita de las leyes que conceden derechos sociales. Caso ley 418 de 1997, pensión de invalidez de personas víctimas de conflicto armado, ley 1421 de 2010, no prorrogó la pensión de invalidez para víctima del conflicto armado, pero por

aplicación del principio de progresividad sigue vigente. Así expresamente lo ha decidido la Corte Constitucional.

Principio de solidaridad. Tiene ya definido la Corte constitucional que el E.S.D. es la solidaridad institucionalizada. Por ello, toda persona que trabaje debe realizar cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones. Esa es la interpretación que, de acuerdo con el principio constitucional de la solidaridad, debe darse al artículo 17 de la ley 100 de 1993.

Prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades. Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en la cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. A título de ejemplo en la violación de este principio constitucional se observa el siguiente: En algunos casos, actuando de manera irreflexiva y no razonable, se impone al beneficiario de la garantía de pensión mínima demostrar que es pobre, es decir, se le exige probar que no tiene ingresos que sean equivalentes a una pensión mínima. Se impone un rigorismo procedimental que hace imposible, de no ser corregido el error fáctico.

A modo de conclusión, es pertinente anotar que el tratadista y maestro Hernán Valencia Restrepo, en el libro antes reseñado, plantea un conjunto de principios jurídicos a los que denominó “principios de los principios jurídicos”. Estos son:

1. Todos los principios son medios de realización del sumo o universalísimo: el derecho debe ser justo y su aplicación equitativa.
2. Los principios sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento.
3. Los principios son al propio tiempo fuentes materiales y fuentes formales del entero ordenamiento.
4. Todo orden jurídico es un sistema, que se construye con los principios.
5. Todo ordenamiento está dotado de plenitud hermética, la cual es obra de las fuentes subsidiarias, una de las cuales está constituida por los principios.
6. Los principios tienen necesariamente un origen no positivo y eventualmente un origen positivo.
7. El derecho natural vive en el positivo bajo la forma de principios generales del derecho.
8. Debe haber perfecta congruencia entre la positividad explícita y la positividad implícita.

El derecho como argumentación jurídica, enfoque propio del Estado social de derecho,

hace necesario que los partícipes en el proceso judicial estudien y apliquen los principios generales del derecho. Se requiere que, en cada caso concreto puesto a su consideración, el Juez verifique la correspondencia de las leyes, y todas las normas inferiores a la Constitución, con los principios generales del derecho. A esto se denomina “control del principalialidad”, la cual hace parte del control de constitucionalidad en bloque.

¹ JOSÉ DOMINGO RAMÍREZ GÓMEZ, Juez Tercero Laboral del Circuito de Medellín, Abogado Universidad de Antioquia, Economista de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad EAFIT, Especialista en Seguridad Social, Especialista en Derecho Público.

ARTICULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN EN BÚSQUEDA DE LA EXCELENCIA DE LAS ORGANIZACIONES

Wiliam Espinosa Santamaria, Ph D.

De acuerdo con la Constitución y la Ley y en el marco de lo establecido en el modelo 1991, la NUEVA CONCEPCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS está basada en:

- a) Ser una organización capaz de crear conocimiento;
- b) Ser una organización con la capacidad de aprender;
- c) Ser una organización capaz de innovar;
- d) Ser una organización que desarrolle competencias, entre otras de creatividad;
- e) Ser una organización que genere compromiso;
- f) Ser una organización que interiorice y explicita valores y
- g) Ser una organización que fomente el liderazgo colectivo.

Esta desde luego no es una tarea fácil, sin embargo, por cuanto ello implica en primer lugar que las organizaciones, es decir, las personas salgan de su zona de confort y obviamente cambiar a través de procesos de formación la forma de ver de los servidores públicos, pues el reto se centró en la calidad del servicio que se debe presentar al ciudadano. Para llevar a cabo este reto el país comenzó a trabajar de manera decidida con ORGANIZACIONES CON ESTÁNDARES INTERNACIONALES, a partir de la implementación de las normas ISO 9001:2008 y GP 1000;2009, ISO 31000, OHSAS 18001, SO 14001, ISO 27001, ISO 26000, ISO 50001 y a aplicar los MODELOS DE EXCELENCIA: EFQM, CAF. Este proceso básicamente fue válido hasta el año 2015, año en el que queda sin efecto la norma técnica NTC GP 1000:2009, que era la norma que de alguna manera direccionaba los procesos de calidad en las Entidades Públicas, con base en la revisión mayor que venían realizando los organismos internaciones de certificación ISO.

Ahora bien, con el fin de comprender un poco el desarrollo del planteamiento del presente documento, es importante tener en cuenta que la estructura de alto nivel constituye el resultado del trabajo del Grupo de Coordinación Técnica en Normas de Sistemas de Gestión de la Organización Internacional de Estándares (ISO), el cual tiene como objetivo la armonización de las normas en cuanto a:

- a) Estructura
- b) Texto Fundamental
- c) Definiciones claves.

En este contexto es como debemos entender el surgimiento del Modelo Integrado de Planeación y Gestión MIPG, sin embargo algunas de las premisas que debemos tener en cuenta, para comprender el entramado teórico del mismo, está sustentado en:

1) El Valor Público. Uno de los conceptos que fundamenta el MIPG es la creación de valor público, bajo el entendido de que el valor público es el resultado observable y medible que idealmente el Estado debe alcanzar para dar respuesta a las necesidades y demandas sociales. En este contexto, el valor público es aquel resultado relacionado con cambios sociales producidos por el accionar del gobierno y las instituciones públicas que lo componen.

2) Qué es el MIPG. El Modelo Integrado de Planeación y Gestión es el marco de referencia para dirigir, planear, ejecutar, hacer seguimiento, evaluar y controlar la gestión de las entidades públicas con el fin de generar resultados que atiendan a los planes de desarrollo y que resuelvan las necesidades y problemas de los ciudadanos con integridad y calidad en los servicios. Este Modelo, en su versión actualizada está reglamentado por el decreto 1499 de 2017, Decreto 612 de 2018.

3) Actualización del Modelo Integrado de Planeación y Gestión – MIPG. En este orden de ideas, con el fin de fortalecer los mecanismos, métodos y procedimientos de control al interior de los organismos y entidades del Estado, el artículo 133 de la Ley 1753 de 2015 actualiza el MIPG y ordena la integración de los siguientes dos sistemas en un solo Sistema de Gestión:

- a) El Sistema de Desarrollo Administrativo (Ley 489 de 1998): que pretende servir como herramienta para fortalecer la capacidad administrativa y el desempeño institucional.
- b) El Sistema de Gestión de la Calidad (Ley 872 de 2003): que pretende dirigir y evaluar el desempeño institucional en términos de calidad y satisfacción social.

Así como propone la integración de estos dos sistemas en un nuevo Sistema de Gestión, ordena que ese nuevo Sistema de Gestión se encuentre articulado con:

- El Sistema de Control Interno (Ley 87 de 1993): Que pretende procurar que las actividades de una entidad se ejecuten de acuerdo con el marco normativo.

En este orden de ideas, el artículo afirma que el Gobierno Nacional establecerá el modelo que desarrollará la integración y la articulación de los sistemas que hemos expuesto de modo que el modelo determine de forma clara el campo de aplicación de cada sistema con criterios diferenciales en el territorio nacional.

Es muy importante tener en cuenta que a pesar de que existe una clara relación entre cada uno de los sistemas, cada uno de ellos cuenta con una naturaleza, finalidad y alcances propios, por lo que es evidente que sus campos de aplicación no son homogéneos. Para este fin se actualiza el Modelo Integrado de Planeación y Gestión – MIPG.

El Modelo Integrado de Planeación y Gestión – MIPG articula los actuales sistemas, planes, comités, métodos e instrumentos que orientan las prácticas o procesos de la gestión pública. El Modelo aspira a consolidarse como la herramienta del Gobierno Nacional para verificar que las organizaciones estén bien gestionadas, asignen sus recursos con responsabilidad, rindan cuentas de su trabajo y que sus funcionarios simbolicen los valores del servicio público colombiano.

Acorde con lo anterior hemos de tener presente que las entidades públicas tienen la responsabilidad de ofrecer servicios y/o productos que satisfagan las necesidades de los ciudadanos y que tengan un impacto significativo en la sociedad colombiana en sus diferentes dimensiones y por ende, en cada uno de los sectores específicos, a saber:

- a) Sector Salud
- b) Sector Finanzas
- c) Sector Educación
- d) Sector Justicia
- e) Sector Recreación, entre otros.

Esta responsabilidad debe desarrollarse en forma eficiente y efectiva, en razón a que son Entidades Públicas cuyo origen reside en la legislación colombiana, incluso a partir de la Constitución Política del 91.

En los últimos años el Estado ha realizado importantes esfuerzos para lograr que el desempeño de todas sus instituciones mejore de manera significativa y que tengan la capacidad de adaptarse a las condiciones cambiantes del contexto internacional, nacional, regional y local.

En esta etapa reciente, a través del DAFP y otras entidades relacionadas se ha buscado la modernización de la administración o la gestión pública a través de modelos como el SISTEDA, el MECI, El Sistema de Gestión de la Calidad basado en la norma NTC GP 1000, que tiene como base fundamental la norma NTC ISO 9001 que incluye conceptos como Sistema, Procesos, Gestión, Calidad, entre otros.

Estos esfuerzos, sin lugar a dudas, han permitido un desarrollo importante en las entidades públicas que los han implementado. Sin embargo, ellos también generaron alguna dispersión conceptual entre los servidores públicos, restando contundencia en la actuación institucional, a pesar de que cada uno de los modelos posee integridad, coherencia, fortaleza técnica y adaptabilidad en la entidad pública, razón por la cual, las entidades responsables del establecimiento de estos modelos decidieron establecer un modelo de gestión que fuera capaz de integrar las políticas, directrices, objetivos, actividades, instrumentos, etc., que estaban establecidos en los primeros modelos y generaron un modelo robusto denominado Modelo Integrado de Planeación y Gestión a partir del año 2017.

El Modelo Integrado de Planeación y Gestión-MIPG conserva los elementos fundamentales de la gestión, heredados de modelos de carácter internacional (ISO, Informe COSO, modelos de excelencia, entre otros) como son:

- 1) Ver las instituciones como un sistema adaptable;
- 2) Análisis de contexto y de las partes interesadas;
- 3) Poseer como elemento de gestión los procesos;
- 4) Preocuparse de manera especial el cumplimiento de los requisitos hacia los ciudadanos en un marco de actuación legal, es decir, orientado a la calidad, entendida como cumplimiento de requisitos, en particular los requisitos de los usuarios;
- 5) Tener un enfoque preventivo a través de la gestión del riesgo;
- 6) Asegurar el control de la operación;
- 7) Gestión del conocimiento y de las comunicaciones;
- 8) Evaluar el desempeño de procesos y del sistema completo en función de las partes interesadas a través de herramientas como seguimiento, medición y auditorías internas;

9) Análisis de los resultados institucionales y la mejora continua.

El MIPG tiene un ordenamiento de sus componentes del sistema y hace unos énfasis interesantes para la gestión pública del país, justo adaptado a las necesidades, como son la relevancia en el talento humano, las políticas transversales del país, en particular las de integridad que pretende tener un impacto significativo sobre la gestión con valores previniendo la corrupción de forma intrínseca desde lo estratégico hasta la prestación de los servicios y la participación ciudadana (de la ventanilla hacia afuera). Y al igual que sistemas de gestión internacionales, incluye la innovación y las reestructuraciones como método para ajustarse a las necesidades de la población.

El MIPG, un modelo interesante adaptado a las necesidades del Estado colombiano y con base en conceptos y herramientas de carácter internacional, es compatible totalmente con esos modelos internacionales, porque nace conceptualmente a partir de ellos y en todos los casos en que las entidades públicas los implementaron buscando la mejora de su desempeño, pueden darle continuidad a esa loable intención en forma integrada y complementado el MIPG con ellos.

Es conveniente reconocer que algunos modelos de gestión poseen una orientación específica a una intención estratégica o conjunto de requisitos en una organización, lo que los hace más adecuados para dar respuesta a esa intención estratégica o conjunto de requisitos, tal es el caso de Sistema de Gestión Ambiental, Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, Sistemas de Gestión de Seguridad de la Información entre otros, que fueron desarrollados de manera específica y contribuyen de manera significativa al fortalecimiento de la gestión de cualquier sistema de gestión implementado como es el caso del Sistema de Gestión de la Calidad y el Modelo Integrado de Planeación y Gestión, esto en razón a que dichos sistemas fueron construidos con esa especificidad, así como el MIPG fue construido con la especificidad del estado colombiano.

Finalmente, se puede afirmar que una organización no implementa un sistema, una organización ES un sistema, FUNCIONA como un sistema, que posee diferentes aristas y si se quiere mejorar de manera importante su desempeño, bien vale la pena fortalecerlos con los mejores conocimientos disponibles al momento de hacer la gestión. Una analogía interesante, puede ser el cuerpo humano, entenderlo como un sistema complejo que contiene un sistema (subsistema) sanguíneo, sistema cardiopulmonar, un sistema óseo, sistema nervioso, etc. y que su desempeño nace a partir de la INTERACCION de las virtudes de cada uno de los sistemas en forma precisa, armónica, sincrónica y con la capacidad de adaptarse al contexto (a través del PHVA como herramienta de gestión, heredada del Sistema de Gestión de la Calidad)

Un ejemplo final es que una de las MEJORES formas de darle cumplimiento a la política de seguridad de la información establecida en el MIPG del Estado colombiano, es implementar

el Sistema de Gestión de Seguridad de la Información basado en las “mejores prácticas” conocidas a la fecha, incluidas todas en la NTC ISO 27001. Esto nos ratifica la articulación de los sistemas de gestión en torno a la búsqueda de la excelencia.

WILLIAM ESPINOSA SANTAMARÍA, se desempeña actualmente como Coordinador Nacional del SIGCMA del Consejo Superior de la Judicatura, tiene estudios en: Ph D DERECHO; Ph D en Filosofía; MG. EN CALIDAD Y GESTIÓN INTEGRAL; ESPECIALISTA EN DOCENCIA UNIVERSITARIA; ESPECIALISTA EN GESTIÓN PÚBLICA; LICENCIADO EN FILOSOFÍA Y LETRAS. Ha sido Decano de la Facultad de Pregrado y Postgrado, y Subdirector Académico de la ESAP y profesor Universitario de varias Universidades. Experto en Gestión y Gerencia Pública; experto en Calidad y Sistemas Integrales de Gestión, Experto en Gestión Pública, Planeación Estratégica y selección de personal por competencias.

Formador en Sistemas Integrales de Gestión de la Calidad, MECI, Gestión del Conocimiento y Gestión del Cambio, Gerencia Organizacional, Contratación Estatal, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Procesos de Inducción y Reinducción a Empleados y Funcionarios de la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP y la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Par Académico del CONACES y del CNA e investigador de COLCIENCIAS.

HACIA LA NORMALIZACIÓN Y ESTANDARIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE CALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA¹

Martha Lucía Olano de Noguera

En mi condición de Magistrada Líder del Sistema Integrado de Gestión y Control de la Calidad y del Medio Ambiente (SIGCMA) de la Rama Judicial de Colombia, quiero compartir con la comunidad judicial de Antioquia los avances alcanzados en este proceso de mejoramiento continuo de la gestión, que impacta no solo en la calidad de la prestación del servicio de justicia, sino también en la preservación y conservación del medio ambiente y la seguridad y salud ocupacional de los servidores judiciales.

Para el efecto, me referiré a los siguientes aspectos: cobertura y certificación del Sistema; proceso de formación y sensibilización de servidores judiciales y certificación de auditores HSEQ; construcción de la Norma Técnica de Calidad y la Guía Técnica de Calidad de la Rama Judicial; desarrollo del Sistema de Gestión Ambiental; y proyecciones del SIGCMA para los próximos años.

1. COBERTURA Y CERTIFICACIÓN DEL SISTEMA

En el año 2003 se inició la implementación del Sistema de Gestión de Calidad en los Juzgados de Itagüí (Antioquia), en materia Civil, Laboral, Familia, Penal y de Menores.

En el mes de diciembre de 2005, trece (13) Juzgados de Itagüí junto con su Centro de Servicios Administrativos, obtuvieron la certificación por parte del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC). Además, en el 2006 la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), les entregó el Primer Premio Excelencia en la Justicia², como reconocimiento al compromiso de generar una cultura del buen servicio, mediante

¹Martha Lucía Olano de Noguera. Magistrada del Consejo Superior de la Judicatura. Magistrada Líder SIGCMA

²Ceremonia llevada a cabo el 6 de diciembre de 2006.

la implementación de un Modelo de Gestión Judicial, basado en la eficiencia, eficacia y efectividad como pilares fundamentales de la administración de justicia³.

Con fundamento en la exitosa experiencia piloto de los Juzgados de Itagüí y con miras a orientar el desempeño judicial en términos de calidad y satisfacción de los usuarios, se continuó la implementación del Sistema en dependencias judiciales y administrativas de todo el territorio nacional. En la actualidad la Rama cuenta con la certificación en las Normas Técnicas NTC GP 1000:2009 y NTC ISO 9001:2015, otorgada por el ICONTEC, a la totalidad de la Administración judicial esto es, el Consejo Superior de la Judicatura y sus unidades misionales; los Consejos Seccionales, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, sus Direcciones Seccionales, así como a 494 dependencias judiciales de diferentes jurisdicciones y especialidades.

En este proceso se destaca la evolución de los despachos judiciales certificados entre el 2005 y el 2018 con un aumento de la cobertura del 3.529%, como se observa a continuación:



2. FORMACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN DE SERVIDORES JUDICIALES Y CERTIFICACIÓN DE AUDITORES HSEQ.

Con el fin de fortalecer los conceptos y manejo de los distintos temas relacionados con el SIGCMA, se llevan a cabo jornadas pedagógicas orientadas a generar conocimientos y desarrollar competencias en temas como: Sistemas de Gestión de Calidad; Sistemas de Gestión Ambiental; Sistema de Gestión en Salud y Seguridad en el Trabajo y Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG).

³Consejo Superior de la Judicatura. Revista Judicial, Ed N° 3 Bogotá, D.C., Colombia, diciembre de 2006. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1557373/Contenido+Revista+Judicial+Edicion+3.pdf/c78769d8-4c19-4026-8478-a3a5ce7e7fa3>

A manera de ejemplo, en el año 2017 se realizaron dos (2) diplomados en Sistemas de Gestión de Calidad, Normas ISO 9000: 2015 e ISO 14001: 2015, que incluyen el componente anticorrupción y transparencia establecidos en la Norma ISO 37001 2016 “Sistemas de Gestión Anti-Soborno”, dirigidos a 250 servidores. En el 2018 se llevaron a cabo otros dos (2) diplomados, para la formación de auditores internos (HSEQ)⁴ y sobre el Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG), en los que participaron 290 servidores quienes próximamente se certificarán como auditores de calidad.

Adicionalmente, se desarrollan auditorías internas en todas las dependencias certificadas o en proceso de certificación, dentro de las cuales se revisa el cumplimiento de requisitos establecidos en el SIGCMA, se sensibiliza a los servidores judiciales para el cumplimiento de sus funciones y se preparan las auditorías externas que realiza el ente certificador. Igualmente, el Consejo Superior de la Judicatura efectúa el acompañamiento y asesoría técnica a las nuevas dependencias que están implementando el SIGCMA con el fin de ser certificados en el 2019 y en el 2020.

3. CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA TÉCNICA DE CALIDAD Y LA GUÍA TÉCNICA DE CALIDAD DE LA RAMA JUDICIAL.

Además de los logros alcanzados a través del SIGCMA, el Consejo Superior de la Judicatura ha identificado la necesidad de incluir herramientas e instrumentos ajustados a la dinámica y características propias del sector justicia y de la misma organización, aspectos que no se encuentran plasmados en las normas internacionales que regulan la materia y menos aún en las normas del sector público de gestión y control diseñadas para organismos de la Rama Ejecutiva.

Es por ello que desde el año 2015 con el apoyo del ICONTEC, en su condición de Organismo Nacional de Normalización, se está trabajando en la estandarización y normalización de los procesos, mediante la elaboración de una Norma Técnica y una Guía Técnica de calidad que se adapten a las condiciones propias de la Rama Judicial y que se conviertan en el marco rector para:

- Optimizar los servicios
- Incorporar nuevas y novedosas herramientas para la toma de decisiones
- Agilizar la prestación del servicio a partir de la adopción de las buenas prácticas
- Implementar mecanismos para la prevención de riesgos asociados a la gestión, al control y el medio ambiente.

⁴Quality, Health, Safety & Environment (Calidad, Salud, Seguridad y Ambiente)

- Incrementar la satisfacción de los usuarios (partes interesadas internas y externas)
- Implementar herramientas para la identificación de puntos críticos y posibles riesgos que puedan afectar el proceso judicial y de esta forma prevenirlos y/o mitigarlos a partir de la formulación de planes de mejora, que orienten a la organización al cumplimiento de objetivos comunes, que permitan el incremento en la eficacia, eficiencia y efectividad de los procesos y la reducción de los costos asociados a la gestión, el control y el medio ambiente, entre otros beneficios.

Así, en una primera fase se desarrollaron tres (3) Especificaciones Normativas Disponibles (END), cada una de las cuales establece los requisitos de servicio que se deben cumplir dentro de tres (3) procesos, son ellos: la Notificación de providencias, la Realización de Audiencias y la Divulgación de la Jurisprudencia (enfocada en la gestión del conocimiento).

En una segunda fase se elaboraron cuatro (4) nuevas Especificaciones Normativas Disponibles que establecieron los componentes de: Direccionamiento Estratégico, Gestión de la Formación Judicial, Apoyo a la Gestión Judicial (Reparto) y Control Interno, con un enfoque basado en procesos, incorporando como ejes transversales la equidad de género, la transparencia, la responsabilidad social y el medio ambiente.

En estricto cumplimiento del ciclo de normalización establecido por el ICONTEC, se adelantó una tercera fase en la que se conformó el Comité Técnico (T) 250 – Apoyo a la Gestión Judicial, en el que participaron servidores de las Altas Cortes, los presidentes de los Consejos Seccionales de la Judicatura, los Directores Seccionales de Administración Judicial, Jueces y servidores del Sistema Penal Acusatorio de Paloquemao, Jueces Administrativos de Ibagué, Profesionales de las Unidades del Consejo Superior de la Judicatura y de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-DEAJ y servidores de los Centros de Servicio, Oficinas de Apoyo, entre otros. Como resultado, fueron codificadas por el ICONTEC la Norma Técnica de Calidad NTC 6256 y la Guía Técnica de Calidad GTC 286, específicas de la Rama Judicial de Colombia, las cuales tienen una base internacional con fines de certificación.

Estos instrumentos han sido socializados en diferentes escenarios de trabajo a nivel nacional e internacional, dentro de los que se destaca el VI Conversatorio Nacional del SIGCMA que se llevó a cabo en diciembre de 2018; y la Asamblea Plenaria de la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Quito Ecuador entre el 17 y 21 de abril del año 2018, lo que confirma el liderazgo del Poder Judicial de Colombia en la materia a nivel Iberoamericano.

El proceso de implementación de la Norma Técnica de Calidad y Guía Técnica de Calidad de la Rama se inicia en el año 2020 y se proyecta impactar a más de 500 dependencias administrativas y judiciales a nivel nacional.



VI Conversatorio Nacional SIGCMA,2018

4. DESARROLLO DEL SISTEMA DE GESTIÓN AMBIENTAL

La Organización Internacional de Normalización “ISO”, diseñó el sistema de gestión ambiental, el cual se estandariza a partir de la norma NTC ISO 14001. Esta norma contiene requisitos generales para implementar sistemas de gestión ambiental, aspecto exigido a nivel mundial a organizaciones de producción y servicios que quieran establecer relaciones comerciales con países que fomentan esta nueva cultura.

Debido a la relevancia de generar conciencia ambiental y aportar desde nuestra función misional a la sostenibilidad del planeta, además de ahorrar costos de operación y sociales, conservando así el patrimonio ambiental, en el año 2014 el Consejo Superior de la Judicatura decidió integrar el Sistema de Gestión de Calidad, el MECI y el Sistema de Gestión Ambiental, en un único Sistema Integrado de Gestión y Control de Calidad y el Medio Ambiente “SIGCMA”⁵.

Esta visión sistémica integral ha contribuido a evitar que se dupliquen esfuerzos; agilizar las etapas de diseño, implementación, sostenimiento y mejoramiento del Sistema; a fortalecer la capacidad administrativa, el desempeño institucional y la gestión de los principales recursos de la entidad (humanos, materiales y financieros) entre otros beneficios. En particular, el componente ambiental ha permitido hacer más eficiente la administración de los recursos en aras de mitigar los efectos nocivos que puedan producirse en la operación de la organización y que afecten el medio ambiente.

El Consejo Superior de la Judicatura también ha sometido al proceso de evaluación externa al Sistema de Gestión Ambiental acorde con la Norma ISO 14001:2015 y ha logrado la certificación por parte del ICONTEC de la sede de la DEAJ-Edificio de la Calle 72; el

⁵ Acuerdo PSAA14-10161, por el cual se establece el Sistema Integrado de Gestión y Control de la Calidad y el Medio Ambiente – SIGCMA

Edificio de la Bolsa donde funcionan las Unidades Misionales del Consejo Superior de la Judicatura; El Palacio de Justicia “Alfonso Reyes Echandía”; el Palacio de Justicia y el Consejo Seccional de Risaralda y la Dirección Seccional de Administración Judicial de Pereira.

5. PROYECCIONES DEL SIGCMA

Los resultados alcanzados plantean retos con los que se busca contribuir a la sostenibilidad del sistema y generar una mejor calidad de vida tanto a los usuarios internos como externos, algunos de ellos son:

- Mantener y mejorar el SIGCMA, a través de la realización de las actividades para mantener la certificación por parte de un Ente Certificador Externo, dando cumplimiento a los requisitos de las Normas ISO, el Modelo Integrado de Gestión y Planeación MIPG y de conformidad con lo establecido en acuerdos -PSA14-10160 y PSA1410161.
- Ampliar el número de dependencias que cumplan los requisitos y criterios de las normas técnicas de calidad y ambiental, acercando a las Altas Cortes y demás despachos que demuestren su interés en la implementación del SIGCMA.
- Implementar la Norma Técnica de Calidad y la Guía Técnica de Calidad en el nivel central, en los Consejos Seccionales de la Judicatura y Direcciones Seccionales y en los despachos judiciales que voluntariamente adopten la norma. El proceso se realizará de forma escalonada, pero con fines de certificación a partir del año 2020.
- Diseñar e implementar la plataforma estratégica del Sistema de Gestión Ambiental en el marco de lo establecido en la Norma NTC ISO 14001:2015, articulada a las normas ISO, a la Norma Técnica de Calidad y la Guía Técnica de Calidad en las sedes donde se haya certificado el Sistema de Gestión Ambiental y generar los procesos de conciencia ambiental en las sedes en las que se creen las condiciones de posible certificación.
- Adquirir y poner en operación un Software que integre los procesos y procedimientos de los sistemas de Gestión de las Altas Cortes, los despachos, dependencias administrativas del Consejo Superior de la Judicatura, Consejos Seccionales, Dirección Ejecutiva y Direcciones Seccionales, que hacen parte del SIGCMA, que sea interoperable con las plataformas existentes en la Rama Judicial.
- Continuar con los procesos de sensibilización y capacitación de los servidores judiciales, con el fin de contar con personal actualizado, formado y certificado en Estructuras de Alto Nivel, la Norma y la Guía Técnica de Calidad.

- Fortalecer las competencias, destrezas y habilidades de los servidores en temas como: liderazgo, trabajo en equipo, enfoque en el cliente, tolerancia a la frustración, energía y dinamismo, autoeficacia, autocontrol, pensamiento estratégico, atención al detalle, capacidad de análisis, solución de problemas, orientación al aprendizaje, innovación/creatividad, adhesión a normas y procedimientos.
- Continuar con la identificación y fomento de buenas prácticas de gestión de calidad en las dependencias judiciales y administrativas.
- Promover la incorporación de políticas de gestión de calidad a nivel Iberoamericano, a partir de la Norma Técnica de Calidad y la Guía Técnica de Calidad de la Rama Judicial.

*Martha Lucía Olano de Noguera - Magistrada del Consejo Superior de la Judicatura
Magistrada Líder del Sistema Integrado de Gestión y Control de la Calidad y del Medio Ambiente (SIGCMA) de la Rama Judicial de Colombia*

Abogada de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Sergio Arboleda, con visión del Estado, experiencia en la Administración de Justicia y en la Administración Pública.

Con amplia trayectoria en la Rama Judicial, Presidente y Magistrada del Consejo Superior de la Judicatura, Presidente de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, Fiscal Delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Bogotá y Cundinamarca, Magistrada Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura y Magistrada Auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Además, se desempeñó como Subdirectora Administrativa y Financiera del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, Jefe de Valorización de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y abogada asistente de la Superintendencia de Sociedades.

Docente en Derecho Constitucional e Investigadora acreditada en reconocidas Universidades del país; ponente en diversos foros internacionales en materia de administración de Justicia; y Miembro de número de la Sociedad Bolivariana de Colombia

PRINCIPALES DISCUSIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE NULIDAD O INEFICACIA DE TRASLADO PENSIONAL EN COLOMBIA

Harold Andrés David Loaiza

Con la creación del Régimen Pensional de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por los fondos privados de pensiones, se dio inicio en nuestro país a un nuevo paradigma en materia pensional, a través del cual, el legislador pretendió alivianar y trasladar a unos nuevos actores económicos, aunque fuera de manera parcial, la gran carga pensional que pesaba sobre el Estado para dicho momento, basado en un sistema de corte netamente financiero y muy alejado de los conceptos constitucionales de seguridad social y mínimo vital.

Una vez entró en vigencia el nuevo régimen pensional, fueron cientos de miles las personas que optaron por trasladarse o afiliarse al mismo; sin embargo, tiempo después, a raíz de múltiples factores adversos para los intereses pensionales de muchos de los afiliados, se generó espontáneamente una andanada de demandas, a través de las cuales, las personas que se trasladaron en algún momento al RAIS, pretendían, y aun pretenden, se declare, la nulidad o la ineficacia de dicho traslado y, en consecuencia, se declarara que nunca se habían trasladado y que continuaban afiliados al Régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado hoy por Colpensiones, conservando por ende los beneficios de dicho régimen pensional, y en el caso de muchos afiliados, además los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Y es que luego de presentarse diversos cambios legislativos y jurisprudenciales respecto al régimen de transición y las posibilidades de extender o recuperar el mismo, fueron miles los afiliados que lograron regresar al RPMPD y consolidar su derecho pensional bajo las

Artículo derivado del trabajo presentado para optar al título de Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Sede Medellín, enero a diciembre de 2018.

prerrogativas de las normas pensionales que se encontraban vigentes al momento de entrar a regir el nuevo sistema general de seguridad social introducido por la Ley 100 de 1993. Sin embargo, también fueron miles los afiliados que, habiendo escogido inicialmente el RAIS o habiéndose trasladado en algún momento a este desde el RPMPD, no lograron acreditar los requisitos legales y jurisprudenciales para regresar y conservar así su derecho a pensionarse bajo dicho régimen, y es a partir de allí que inicia la búsqueda por encontrar la manera jurídica de obtener el retorno al RPMPD a través de la vía judicial, dando origen a lo que en principio se conoció como la demanda de nulidad de traslado, y que posteriormente derivaría en lo que hoy conocemos como la demanda de ineficacia de traslado.

Como consecuencia de ello, en los últimos años han sido varias las discusiones que se han presentado en los estrados judiciales en primera y segunda instancia, relacionados con las demandas encaminadas a retrotraer a su estado original la afiliación de las personas que en su momento se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, generando a su vez que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se haya visto avocada también a una evolución jurisprudencial en torno al tema, que a la fecha aún no termina.

En los albores de la discusión, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia abordó la discusión con base en fundamentos jurídicos de stirpe puramente civilista. Así, en sentencia de Radicación 31.989 del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, la Corte edificó su análisis en la teoría de validez y eficacia de los actos jurídicos y de la afectación de dichos conceptos a raíz de la existencia de un vicio en el consentimiento del afiliado como el engaño, producido por una inadecuada e insuficiente información entregada por el Fondo de Pensiones respecto de la conveniencia y consecuencias de la decisión de trasladarse de régimen pensional.

En dicha oportunidad la Corte señaló que:

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad

social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de Radicación 31.989, 09 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas).

Para finalmente concluir que:

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada. (Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de Radicación 31.989, del 09 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas).

Nótese, entonces, cómo a partir de la anterior interpretación, reiterada en las sentencias de Radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, ambas con Ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, la Corte abordó el estudio de la ineficacia de traslado solicitada por los accionantes bajo el enfoque de la nulidad o invalidez del acto jurídico de traslado, acaecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento, señalando que este se afectó determinadamente a causa del engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que evidentemente era contraria a sus intereses. Debiéndose concluir entonces que, al enmarcar la discusión jurídica en tal sentido, la Corte adoptó, en principio, pero sin mencionarlo expresamente, la teoría de la nulidad relativa o de la invalidez de los actos jurídicos.

No obstante, resulta necesario aclarar que la Corte, desde los primeros pronunciamientos en torno a la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, ha evitado a toda costa matricularse legal y doctrinariamente con la teoría de la nulidad relativa del acto jurídico

como ha sido entendida por los pensadores del derecho civil, lo que, si se quiere, resulta de alguna manera entendible, pues de abordarse el tema con la rigurosidad jurídica que reviste, inexorablemente se habría visto la Corte avocada a lidiar en el camino con dos instituciones jurídicas inherentes a la teoría de la nulidad relativa o invalidez de los actos jurídicos, como lo son la ratificación o convalidación del vicio y la prescripción, los que, de aplicarse en los términos como se encuentran concebidos jurídicamente, habrían dado al traste con la posibilidad de miles de afiliados de retornar al régimen pensional de prima media, puesto que hubiera bastado para que los jueces despacharan de manera desfavorable las pretensiones de nulidad de traslado, que los fondos de pensiones demostraran durante el trámite procesal, que el vicio que afectaba el acto desapareció por efecto de su convalidación o ratificación a través de la figura de la reasesoría o también que había transcurrido el tiempo suficiente para que se configurara la prescripción extraordinaria consagrada en el artículo 1742 del C.C.

Una prueba tangible de la preocupación que para la Corte representaba la figura de la convalidación o ratificación del vicio del consentimiento, pudo evidenciarse cuando en uno de sus primeros pronunciamientos expresó que:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del RPMPD al de aborro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de aborro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de Radicación 31.989, del 09 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas).

Es así que, ante tal situación, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, la Corte, aunque continuó refiriéndose de manera indistinta a la anulación del acto de traslado al RAIS con los términos de nulidad o ineficacia, sí modificó el enfoque jurídico que le daría al tema hacia futuro, centrándose entonces en la ineficacia, pero ya no por la vía formal y legal de la nulidad o invalidez, sino por la vía de la inexistencia del negocio o acto jurídico en razón a la omisión del deber de información que pesaba sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, señalando en la providencia citada que “no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado...”

Incluso, en uno de sus pronunciamientos más recientes, reiteró que, aunque no se desconoce la existencia de la legislación que regula el acto jurídico de afiliación, existen eventos que deben ser resueltos a la luz de la aplicación del principio de la realidad sobre las formas.

Concretamente sobre dicho punto señaló la Corte:

Por último, y para dar respuesta a la alegación del recurrente según el cual los jueces se encuentran en permanente rebeldía con el mandato previsto en el artículo 230 de la Constitución, cumple anotar que la doctrina de la Sala de ninguna manera conlleva a la insubsistencia de la legislación que regula el acto jurídico de la afiliación que, como se sabe, es formal y reglado. La afiliación -concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario- es un requisito legal vigente de acceso a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. Ocurre, sin embargo, que hay eventos debatibles que presentan ciertas oscuridades que deben ser clarificadas mediante la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y la interpretación actualizada de las normas jurídicas conforme a los parámetros constitucionales, lo cual, desde luego, no es un desafuero de la justicia sino una expresión de su deber de «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución» (art. 2 CP). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de Radicación SL-413-2018, del 21 de febrero de 2008, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Así pues, bajo el paradigma de la ineficacia del traslado, entendida bajo el concepto de inexistencia del acto jurídico de traslado al RAIS, concluyó la Corte que siempre que se verifique en el proceso de escogencia de régimen pensional, que existió omisión de parte de las Administradoras de fondos de Pensiones en la calidad de la información que debía ser entregada a los afiliados que pretendían trasladarse al nuevo régimen, se estaría entonces ante un traslado que no cumple con la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, el cual dispuso la obligatoriedad de que la decisión de traslado de régimen fuera libre y voluntaria, disponiendo como sanción, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además de la consecuencia de dejar sin efecto la afiliación.

De lo analizado anteriormente, ha de concluirse que, si bien el novedoso concepto de inexistencia del acto jurídico de traslado de régimen pensional acuñado por la Sala de Casación Laboral propende por la materialización y prevalencia del derecho constitucional a la Seguridad Social, a juicio del autor, tal posición jurisprudencial deja de lado, con o sin razón, toda la construcción jurídica y doctrinaria que por años los pensadores del derecho civil han acuñado sobre la teoría del negocio jurídico, pues al desarrollar su tesis, en ningún momento la Corte Suprema acude a la figura de la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar las normas civiles sobre las cuales se afina la teoría del negocio jurídico, sino que opta más bien, por omitir su existencia, en una especie de tergiversación de tales instituciones, o dicho de otra manera, una adaptación sui generis de estas, con variaciones tan extremas que incluso conducen a que un acto inexistente deba ser declarado por el juez o que un acto jurídico emanado de unos sujetos con capacidad jurídica para contratar y que cuenta con objeto y causa lícitas, no adolezca de nulidad relativa como consecuencia de la existencia de algún vicio en el consentimiento, sino que se entienda de plano inexistente,

pese a no existir norma que así lo disponga previamente.

Incluso, algunos podrían considerar que la Corte, al plantear la ineficacia del acto de traslado, desde la óptica de la inexistencia y no desde la nulidad relativa, como en derecho corresponde, incurre en una postura que pudiera calificarse como inconstitucional, al menos en tratándose de aquellos casos en los que a la persona que pretende la declaratoria de ineficacia de su traslado, le falten menos de 10 años para arribar a la edad mínima pensional, pues respecto de este grupo de afiliados, la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, señaló que la prohibición de trasladarse entre regímenes cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional y además propendía por la materialización de los conceptos constitucionales de igualdad y equidad y del principio de eficiencia pensional.

Respecto a lo anterior la Corte Constitucional indicó:

En el presente caso, la medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. (Sentencia C-1024 de 2014)

Y agregó además dicha corporación:

Para esta Corporación, el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse perse contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irrazonabilidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible.

Desde esta perspectiva, el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de

Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados. (Sentencia C-1024 de 2014)

De acuerdo con el entendimiento de la Corte Constitucional, el aceptar que por vía judicial se deje sin efecto el traslado al RAIS de afiliados a quienes les faltan menos de 10 años para arribar a la edad y como consecuencia de tal ineficacia se ordene su regreso al RPMPD para que sea en últimas dicho fondo común quien soporte el pago de una prestación para la cual no se contribuyó a lo largo de varios años, constituye una decisión contraria a los postulados constitucionales de igualdad, equidad, eficiencia pensional, sostenibilidad financiera y solidaridad generacional, pues como acertadamente lo expuso la Corte Constitucional

Si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior. (Sentencia C-1024 de 2014)

Conforme lo anterior, se tiene que, tal y como se han venido definiendo judicialmente el asunto a la luz de la doctrina introducida por la Sala de Casación Laboral, esto es, al ordenarse diaria y masivamente por parte de los jueces del país, el retorno de los afiliados al RPMPD, para que sea éste quien soporte en últimas el pago del derecho pensional, resulta lógico pensar que en un futuro no muy lejano, el fondo común que financia las pensiones en el RPMPD podría aumentar su déficit a niveles inmanejables, generando la afectación al pasivo pensional estatal que pretendió evitar el legislador a través de la prohibición de

traslado introducida a través del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pudiendo conducir incluso a la necesidad de ajustar las tasas de cotización que financian el sistema o a modificar las condiciones pensionales actuales.

INEFICACIA DE TRASLADO EN PERSONAS YA PENSIONADAS POR EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Otro tema de altísima controversia y que a juicio del autor constituye actualmente la discusión jurídica más relevante en la jurisdicción ordinaria laboral, tiene que ver con la posibilidad de declarar o no, la ineficacia del traslado frente a una persona a la que ya le ha sido reconocido su derecho pensional en el RAIS.

Al respecto, en su sentencia fundante, la cual ha sido ratificada en algunas otras, como las de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón y SL17.595-2017 del 18 de octubre de 2017, M.P. Fernando Castillo Cadena, la Corte consideró lo siguiente:

La nulidad de la vinculación a partir de cuando ésta se declara, la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2008) sentencia radicación 31.989, 09 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas)

Sin embargo, pese a la clara y consistente línea jurisprudencial de la Corte Suprema en esta materia, el tema no se ha tornado para nada pacífico en los diferentes despachos judiciales del país, ya que otras interpretaciones jurisprudenciales han venido surgiendo alrededor del tema, siendo uno de los principales argumentos de los detractores de dicha tesis, que el acto de solicitud y reconocimiento del derecho pensional en el RAIS, constituye en sí mismo un acto jurídico independiente que nace a la vida jurídica, libre de cualquier vicio en el consentimiento, y que por tanto ha de entenderse plenamente válido y productor de consecuencias jurídicas tangibles.

Respecto al tema, en reciente pronunciamiento, el Tribunal Superior de Medellín señaló:

Del anterior recuento probatorio lo que resalta la Sala es que no opera acá la ineficacia del acto de traslado, pues la demandante elevó una reclamación de la pensión de vejez hasta su reconocimiento y disfrute, generándose la celebración de un acto jurídico nuevo, con la solicitud del

reconocimiento de la pensión de vejez al aceptar las condiciones ofrecidas para el reconocimiento de dicha prestación económica...

Y concluyó diciendo:

...entendiéndose con este último aparte de la providencia que si la información exigida data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, ello implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad Porvenir S.A y al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella, como ocurre en este evento. (Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral (2018), expediente radicado 050013105007201600873, sentencia del 18 de septiembre de 2018, M.P. Hugo Alexander Bedoya Díaz)

Pese a lo señalado por la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín, es claro que la discusión jurisprudencial respecto de la pretensión de ineficacia de traslado en tratándose de pensionados del RAIS apenas comienza su camino, ya que en criterio del autor, si bien la tesis jurídica expuesta en la citada providencia, al calificar el reconocimiento pensional como un “nuevo acto jurídico” y sustentar su validez en el hecho de ser éste posterior a “la determinación de las condiciones para el disfrute pensional”, se ampara en lo señalado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de radicación 31.989 del 09 de septiembre de 2008 en la que se anotó que “La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional”, riñe a su vez con lo manifestado por dicha Corporación en esa misma providencia, con relación a la total procedencia de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación y a las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, en tratándose de una persona ya pensionada por el RAIS, pues frente a ello se anotó lo siguiente:

La nulidad de la vinculación a partir de cuando ésta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.

Así pues, es claro que la discusión frente a la pretensión de declaratoria de ineficacia de traslado para personas ya pensionadas por el RAIS, no es para nada superficial, pues existiendo precedentes jurisprudenciales de su procedencia, en adelante, toda autoridad judicial que considere que las demandas impetradas por este grupo de ciudadanos deben

ser evaluadas de manera diferente a las demandas impetradas por afiliados, deberá entonces separarse tajantemente de la línea jurisprudencial imperante en la Sala de Casación Laboral.

Sin embargo, existe también una alta posibilidad de que la complejidad sobre dicho tema obligue necesariamente a la Sala de Casación Laboral a modificar su jurisprudencia, ya que, a la fecha, dicho asunto es materia de análisis por parte de los miembros de esa alta Corporación judicial.

Amanecerá y veremos...

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional de Colombia (2004), Sentencia C-1024 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2008), Sentencia 31.989 del 09 de septiembre de 2008. M.P. Eduardo López Villegas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2008), Sentencia 31.314 del 09 de septiembre de 2008. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2011), Sentencia 33.083 del 22 de noviembre de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2014), Sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2017), Sentencia SL17595-2017 del 18 de octubre de 2017. M.P. Fernando Castillo Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2018), Sentencia SL413-2018 del 21 de febrero de 2018. M.P. Clara Cecilia Dueñas.

Harold Andrés David Loaiza - Abogado de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho de la Seguridad Social. Abogado Asesor de Magistrado en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. Miembro del Comité Asesor de la Especialización en Derecho de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Candidato a Juez Laboral del Circuito.

Un agradecimiento especial al Doctor Orlando Antonio Gallo Isaza, miembro del comité de publicaciones de la Revista Berbiquí del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, por la invitación a escribir en ella.

LA JUSTICIA COLOMBIANA EN CÓDIGO AZUL ¹

Una mirada a nuestra condición de ser Juez hoy

José Alejandro Gómez Orozco

No es mi intención abordar en estas breves líneas, la enorme complejidad por la que se encuentra hoy la justicia colombiana, solo deseo esbozar algunas situaciones que como funcionarios judiciales sí vivimos y sentimos con más ardor frente a esta llamada “crisis de la justicia”, donde ya se usan inmorales y espeluznantes nombres para llamarla como el “cartel de la toga” y demás realidades que ya están minando las bases del sistema judicial como nunca antes en su historia, situaciones que ni siquiera se han visto cuando se vive en condiciones de gobiernos dictatoriales, erosionando su credibilidad social y su efectividad en resolver los conflictos jurídicos que se le encomiendan.

La justicia ² tiene nombre y personas de carne y hueso que la encarnan y representan, ellas están sumergidas en una realidad histórica que indudablemente los condiciona y oprime; nuestra justicia colombiana, es una justicia que vive, actúa y lucha en medio de serias contradicciones y de actores que actúan como sus enemigos; en primer orden, está el mismo Estado quien aún hoy sigue sin comprender la magnitud de la función judicial, para el Estado se resume en una cifra estadística que le representa un serio “gasto” en el

¹ El Código Azul es un sistema de alarma utilizado en la medicina de emergencias, que implica el manejo de los pacientes en paro cardio-respiratorio por un grupo entrenado, con funciones previamente asignadas, con lo cual el procedimiento se efectúa en el menor tiempo posible y con coordinación entre todos ellos, logrando así la mejor eficiencia y la reducción de la morbi-mortalidad de los pacientes que se encuentren en paro cardio-respiratorio. Se aplica este término, no solo para los pacientes que se encuentran en paro cardio-respiratorio establecido sino también para todos aquellos que por su condición de enfermedad o trauma múltiple tienen un estado crítico que prevé la inminencia de un paro cardio-respiratorio en los minutos siguientes al ingreso.

“Una judicatura de integridad inobjetable es la institución básica fundamental que garantiza la vigencia de la democracia y la legalidad. Incluso cuando fallan todas las protecciones, una judicatura de esas características ofrece al público un baluarte contra los atropellos a los derechos y libertades garantizados por la ley. Estas observaciones se aplican tanto internamente, en el contexto de cada Estado nación, como a escala global, de modo que la judicatura aparece como uno de los grandes bastiones de la legalidad en todo el mundo. Garantizar la integridad de la judicatura mundial constituye así una tarea a la que es preciso dedicar mucha energía, capacidades y experiencia”. (Prefacio del “Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial”. Naciones Unidas, Nueva York, C. G. Weeramantry Presidente Grupo de Integridad Judicial y juez, ex Vicepresidente y Juez Ad Hoc de la Corte Internacional de Justicia, 2013).

presupuesto nacional, donde en caso de un paro o cese de labores si se nos reconoce como un servicio esencial que no puede detenerse, pero para el momento de establecer una justa remuneración acorde con la elevada dignidad del cargo y los estándares internacionales, (qué interesante resultaría un estudio serio donde se muestre la realidad remuneratoria de los jueces colombianos, frente a sus colegas de otros países latinoamericanos por lo menos) no somos ya tan esenciales, en segundo orden y es el más lamentable, el del ciudadano de a pie, quien en su inconsciente colectivo ronda la idea de una justicia injusta, lenta y corrupta, sobre todo en la jurisdicción penal, aun incomprendida en sus métodos y procesos de justicia, donde aún figuras jurídicas como la acción de tutela, el proceso monitorio o la llamada ley de pequeñas causas, todavía no están debidamente apropiadas por el ciudadano común, salvo la tutela para ciertos eventos muy conocidos como de petición, la salud y la educación, pero que se ha formalizado de una manera que corre el riesgo de hacerla inoperante como sucede con los incidentes de desacato que eran sus “dientes” para hacer efectivo el derecho que protegían frente a los vulneradores de los derechos fundamentales de las personas.

Otro factor de amenaza para que la justicia esté en este lamentable estado de cuidados intensivos, son sus mismos funcionarios quienes el “alma de la toga” para muchos les quedó grande o simplemente no les importa³, y es que desde los famosos concursos para proveer los cargos, se ve ya la lejanía con que se buscan jueces probos y de vocación, en esos exámenes no se vislumbra ni por asomo un interés genuino por descubrir aquellos aspirantes a jueces que tengan una vocación por el servicio, lo justo y la dignidad y majestad de la justicia⁴,

que como la mayoría de los valores se deben gestar desde la familia y no necesariamente en la universidad, pruebas de conocimiento y psicotécnicas que no miden el grado de honestidad y la entereza para defender lo que es justo y conforme a derecho, venga de donde venga, son pruebas frías alejadas de cualquier consideración humanista que sea capaz de expresar la idoneidad no solo intelectual, sino la solvencia moral y de vida que se requiere para asumir la carga de dispensadores de justicia⁵.

³Que no teman ejercer su función. De esto da buena cuenta, el ejemplo dejado por Guillermo Gascoigne¹⁰¹, célebre magistrado inglés, cuyo gran valor cívico y entereza profesional, se hizo famoso por mandar prender y encarcelar al Príncipe de Gales (luego Enrique V) por desacato a su autoridad (1380-1413); para significar que esta clase de Jueces necesita hoy con urgencia nuestra patria, que no se crezcan con el ciudadano pequeño y no se vuelvan pequeño ante el poderoso.

⁴“Un juez debe estimar que su obligación no es solo observar elevados estándares de conducta, sino también participar colectivamente en el establecimiento, mantenimiento y respeto de esos estándares. Incluso un solo acto de conducta judicial inadecuada puede dañar irreparablemente la autoridad moral del tribunal”. (Tomado de: “Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial”. Naciones Unidas, Nueva York, C. G. Weeramantry Presidente Grupo de Integridad Judicial, página 24).

⁵Como ejemplos de esa dignidad del buen ejercicio del derecho y la fama que se adquiriría por su ejercicio, nada mejor que nuestra propia historia para refrescar lo que aquí se dice, tomado de “Colombia es un tema” de Jorge Orlando Melo, Publicado en *Historia de Antioquia, Medellín 1988*.

“El derecho en la Colonia.

Durante la época colonial, las normas legales vigentes en Antioquia fueron las del derecho tradicional español, contenido en Las Siete Partidas, El Fuero Juzgo, las leyes de Toro y las diversas codificaciones españolas, así como en la legislación de indias, expedida concretamente para América. Hasta el siglo XVIII pocos antioqueños se formaron como abogados, por lo que durante buena parte de la Colonia la aplicación de la ley estuvo en manos de funcionarios sin preparación formal, con excepción de algunos gobernadores y de sus asesores. En efecto, los jueces de primera instancia eran los alcaldes ordinarios, personas que raras veces tenían formación jurídica.

Sin embargo, durante los últimos años de la época colonial, probablemente a causa del desarrollo de la actividad comercial y minera, fueron a Bogotá a cursar estudios jurídicos. Pero todavía en el censo de 1778 figuraban en Medellín solo 5 abogados, frente a 49 graduados en estudios religiosos. Desde 1773 comienzan a aparecer en los diversos procesos actuados en la ciudad de Antioquia abogados que habían hecho sus estudios sobre todo en el Colegio de San Bartolomé, como Ignacio Uribe y los hermanos José Antonio y José Joaquín Gómez. Los alcaldes, al menos en Santa Fe de Antioquia, se apoyaban para dictar sentencias en causas criminales en los asesores jurídicos y a partir de 1795, en los dictámenes de teniente de gobernador asesor. Entre los alcaldes de Antioquia con título de abogados estuvieron José Antonio Gómez Londoño, Manuel Martínez y José Antonio Pardo, miembros de importantes familias de comerciantes de la región.

Hoy se mueven más los intereses de índole económico, sea por la falta de oportunidades de empleo o la saturación de abogados en el mercado laboral para aspirar a esa dignidad e

“La profesión de abogado, durante la segunda mitad del siglo pasado, fue aumentando en importancia y prestigio, y los más importantes políticos de la época hicieron parte de ella. Muchos antioqueños encontraban cierto placer en pleitear y pleitear: la vida, por ejemplo, del millonario Coriolano Amador está llena de conflictos judiciales por sus minas y propiedades. En el siglo XX el papel de los abogados siguió creciendo, al añadirse a su función tradicional dentro del sistema judicial y político la de asesoría a las empresas y corporaciones que empezaban a hacer parte del paisaje social antioqueño. La formación, que hasta 1936 se realizaba solamente en la Universidad de Antioquia, se fue ampliando, al crearse en ese año la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, con orientación religiosa y conservadora, enfrentada al liberalismo de la universidad pública. Luego surgiría la Universidad de Medellín, de orientación liberal y positivista, y en la década de los años 60 la Universidad Autónoma Latinoamericana.

La profesión jurídica ha reconocido siempre el papel orientador de algunos abogados, como tratadistas, profesores o litigantes. Durante la primera mitad del siglo tuvieron prestigio especial José María Facio Lince, Juan Esteban Pardo y otros. En la segunda mitad del siglo pasado se destacaron penalistas como Juan Esteban Zamorra, magistrado de la Corte Suprema en 1857, presidente de ella y defensor en 1867 del ex presidente Tomás Cipriano de Mosquera, junto con Emiliano Restrepo Echavarría, quien también fue magistrado de la Corte Suprema. También gozaron de amplia fama profesionales como Camilo Antonio Echeverri, que hizo varias resonantes defensas penales, y abogados y políticos como Jorge Gutiérrez de Lara, Gregorio Gutiérrez González, magistrado del Tribunal de Antioquia, Silverio Arango, Rafael María Giraldo y Pedro Antonio Restrepo, magistrados de la Corte Suprema, Antonio María Restrepo Cadavid y Marceliano Vélez Barreneche, primer graduado en derecho en la Universidad de Antioquia, en 1853. Juan Pablo Restrepo participó en la redacción de varios códigos regionales y fue consejero de Estado bajo la Regeneración.

verdaderos ministerios de servicio comunitario al servicio de la persona humana.

La masificación de abogados por la proliferación no controlada debidamente de facultades de derecho, lleva a un desprestigio en la calidad del jurista de hoy, donde la ética paso a ocupar un segundo plano contribuyendo así a la corruptibilidad de la profesión, para entender que antes de ser profesionales del derecho, deben ser personas formadas en su integridad personal olvidando ese lema de ser, saber y servir, en ese orden.

El ejercicio del derecho se volvió un circo de intereses macroeconómicos y no de búsqueda del derecho para todos, una lucha de poder y no una solución a conflictos en pugna, donde la conciliación debería ser la pieza reina de la justicia donde todos los hombres debieran converger a dirimir sus diferencias por el diálogo sincero y la búsqueda de la convivencia pacífica con todos los beneficios que esta conciliación traería a la paz a la sociedad, pero hasta la conciliación se volvió un asunto negociable y prescindible si ella no se ajusta a los propios intereses egoístas, donde no pocas veces es por la manipulación de intereses oscuros de los propios abogados, que la conciliación no se abre paso como la verdadera justicia. El ejercicio del derecho se volvió una serie de batallas entre seres litigantes, en busca del dinero fácil y rápido, ya no hay análisis ni reflexión acerca de la función del derecho, ya no hay un interés por descubrir esas nuevas fuentes nutricias del derecho que alimentan la búsqueda de aquello que necesitamos hoy, decisiones justas y rápidas para un mundo en velocidad cambiante.

Necesitamos una eficaz articulación entre Estado y sociedad, para que la función judicial vuelva a ser el alma, nervio y pulso de una sociedad de camino al desarrollo humano y tecnológico, no en vano he hecho eco de que la administración de justicia es de la esencia del Estado social de derecho, no es un apéndice de éste, se encuentra al mismo nivel de otras instituciones, como la salud o la educación, de no atender seriamente esta emergencia judicial, cada día que pase seremos más y más víctimas de este sistema que se deteriora y que terminará matando todo ideal de justicia que podamos y queramos tener, el aparato judicial acabará, si es que ya no lo hace, por revictimizar a todos aquellos partícipes de los conflictos jurídicos.

El aumento en el número de abogados y de su importancia dentro de la estructura social de la región llevó a varios intentos de organización gremial. En 1891 se trató de constituir la Sociedad Antioqueña de Jurisprudencia, la cual solo pudo iniciar labores, en términos reales, hacia 1898. La sociedad, impulsada ante todo por Bonifacio y Fernando Vélez, Avelino Agudelo, Clodomiro Ramírez, etc., comenzó la publicación de la segunda revista jurídica especializada aparecida en Antioquia, la Revista Jurídica, cuyo primer número salió en 1903. La sociedad parece haber cambiado su nombre al de Academia Antioqueña de Jurisprudencia, pues con este nombre aparece en 1918, cuando publica Revista Forense, bajo la dirección de Lázaro Tobón y redactada por Fernando Vélez Barrientos. En agosto de 1926 un grupo de abogados creó el Colegio de Abogados de Medellín. Su primer presidente fue Lázaro Tobón, y entre sus fundadores estuvieron algunos abogados de gran prestigio, como Libardo López, Pedro Pablo Betancourt y Miguel Moreno Jaramillo, así como jóvenes que iniciaban entonces su carrera, como Alfonso Uribe Misas, Francisco Cardona Santa o Jorge Restrepo Hoyos. Se trató de una entidad de carácter gremial que dio gran peso a actividades de tipo intelectual: la edición de la revista Derecho y la realización de congresos y otras tareas similares.

Dentro de esa serie de cambio a nivel del funcionario judicial en su quehacer diario, debe entenderse eliminar al juez banquero como aquel que maneja una fuerte suma de dinero en su cuenta judicial, el cual debe solo asistir como funcionario que autoriza o no la entrega de dineros o títulos, pero que de ninguna manera debe manejar directamente estos, como si fuese una entidad bancaria.

Igualmente el juez empleador, pues dicha función debe ir aparejada con la autoridad nominadora y al autoridad que se encarga de seleccionar los mejores candidatos para los diferentes cargos en los despachos judiciales si estos están sometidos a concursos, luego mal se hace en dejarle al juez esta labor aun en casos de provisionalidad donde debiera existir listas autorizadas para proveerlos, pues éste no es un poder que deba ejercer un juez, sino que corresponde al ámbito administrativo laboral donde debieran ser mininas sus funciones y dedicarse casi con exclusividad al ejercicio de juzgar en derecho y equidad⁶.

Se observa además, con cierto recelo que incluso, aspectos dentro de la calificación que se hace anualmente a los funcionarios judiciales, donde llama la atención que el puntaje máximo asignado al factor publicaciones, que son todas aquellas elaboraciones académicas, científicas o pedagógicas pueda a bien tomarse el trabajo de hacer el funcionario judicial, sea de un punto, nada más diciente y claro que la intención que se deja entrever con semejante

En 1997, el Colegio tuvo una participación muy activa en el enfrentamiento a la dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla, al expedir una serie de declaraciones que sirvieron de argumento jurídico para el paro nacional que condujo a la caída del régimen militar.

Además del Colegio de Abogados, en las décadas de los 40 y 50 existió la Federación Antioqueña de Abogados y Colegas, creada en la década de 1960, asociaciones con objetivos gremialistas. La expansión en el número de abogados en ejercicio ha cambiado socialmente la imagen de la profesión, pues de una profesión liberal, que daba alto prestigio a sus practicantes y casi que les aseguraba el ingreso a las élites políticas, intelectuales o sociales, se ha pasado a una situación más diversificada, en la que coexisten los miembros de las grandes firmas jurídicas, muchas de ellas asesoras de empresas, con el ejercicio liberal, más o menos precario, la pertenencia a la administración de justicia, la actividad política o el desempeño de cargos asalariados en el Ejecutivo y en empresas y corporaciones.

puntaje, es la total indiferencia y la poca importancia que se da a lo que pueda producir

⁶En ese sentido, podemos presentar una clasificación puramente ilustrativa de los diferentes estilos de jueces que existen en nuestro medio, así: (extractado del libro: “Nuevo Sistema Penal Acusatorio Legalización de Captura, Formulación de Imputación e Imposición de Medidas de Aseguramiento”, de José Alejandro Gómez Orozco, editorial Jurídica Sánchez, 2.^a Edición, página 33, año 2019). El Juez Autoridad (es un representante puro del antiguo régimen; sólo impone la norma que le ha sido dada por el legislador como máxima expresión de su autoridad).

El Juez Salomónico (confía solo en su razón).

El Juez Máquina (quien dice siempre que la ley es dura, pero es la ley, sin consideración alguna de tipo social en la cual se aplica la norma).

El Juez Científico-Social (es el conocedor de todo, hoy debe conocer varias ciencias).

El Juez Prodigioso (el juez “Hércules”, el que pondera los principios y valores).

El Juez Político (como juez, que puedo hacer por la sociedad para mejorarla).

El Juez Filósofo (entiende cómo se usan los principios y valores, dando vida a una norma Constitucional).

EL Juez demasiado Humano (vive al lado del hombre, hace del derecho un asunto antropocéntrico).

intelectualmente en su labor diaria el administrador de justicia, resulta por decir lo menos, un “golpe bajo” en consideración a su dignísima labor y que valga decir, quién más apto que el funcionario judicial que goza de una posición privilegiada dentro de los procesos, al no ser parte, sino de estar por encima de ellas, para tener una visión integral de los procesos y por ende del conocimiento de los mismos, ello le da una relevancia inusitada a su conocimiento que manifestado en publicaciones resultaría en una fuente de riqueza intelectual para todos los intervinientes en los diferentes procesos judiciales. Peor resulta aun, por parte de quienes deben hacerlo, la omisión del no reconocimiento a la labor encomiable de los jueces, cuando a ello da lugar, me refiero a ese mal que nos afecta a todos, del no reconocimiento justo a aquellos funcionarios judiciales que por sus acciones y el Don de vida que de manera singular imprimen a sus actos, dan un alto valor agregado a la justicia y que nunca se les reconoce, donde solo me remito a estas palabras donde se advierte que: “El elogio oportuno fomenta el mérito, y la falta de elogio lo desanima” (José Martí).

El “golpe de gracia” de esta condición de crisis y de código azul a la justicia, lo ha dado sin lugar a dudas, el gravísimo daño que se le viene haciendo a la autonomía e independencia judicial⁷ no solo por factores externos, sino internos a la misma institución judicial, el verdadero ser de la justicia, lo que la diferencia realmente de todo lo demás, es este costoso principio, hoy se observa una justicia filtrada e impregnada por los tentáculos de la política como nunca antes, no para mejorarla y robustecer su labor, sino todo lo contrario, para menguar su actuar, cortar sus facultades y sobre todo manipular sus decisiones de variadas maneras; incluso se advierte la injerencia peligrosa de los medios de comunicación que han venido a “usurpar” de alguna manera el rol de fiscales y jueces, sobre todo en los procesos

El Juez Arbitro (sólo presencia los “combates” judiciales, función de pacificador).

El Juez Conciliador (todo se resuelve con la voluntad de las partes, solo si concilian).

El Juez Funcionario Público (su trabajo consiste en repetir la ideología del superior, el típico burócrata judicial).

Podemos agregar incluso a esta lista “Los Jueces de Mármol” que muy bien expone en su obra, del mismo nombre, Andrés Nanclares Arango (Medellín, Señal Editora, 2004).

⁷El concepto de una judicatura independiente e imparcial tiene actualmente un alcance más amplio: Toda mención de la independencia judicial debe en última instancia generar una pregunta: ¿independencia de qué? La respuesta más obvia es, por supuesto, independencia frente al gobierno. Me resulta imposible concebir una forma en que los jueces, en su función de sentenciar, no deban ser independientes del gobierno. Pero también deben ser independientes respecto del legislativo, con excepción de la función de promulgación de las leyes que compete a este poder. Los jueces no deben atender a las expresiones de la opinión parlamentaria ni fallar las causas con el propósito de lograr aprobación parlamentaria o evitar la censura parlamentaria. También deben asegurarse simplemente de que su imparcialidad no se vea socavada por alguna otra asociación, sea esta profesional, comercial, personal o de cualquier tipo. (Lord Bingham of Cornhill, Lord Chief Justice of England, “Judicial Independence”, Judicial Studies Board Annual Lecture 1996, disponible en www.jsboard.co.uk). Tomado de: “Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial”. Naciones Unidas, Nueva York, C. G. Weeramantry Presidente Grupo de Integridad Judicial, páginas: 22 y 23).

de naturaleza penal que afectan a la comunidad y que son de alto impacto social, donde dichos medios no tienen pudor en salir a decir o predecir o incluso pretender incidir en las decisiones judiciales con sus juicios periodísticos y con finalidad de conseguir la atención de sus usuarios o de manipular la opinión en temas que son de exclusiva competencia del aparato judicial,⁸ donde la labor del periodismo debiera tener el respeto debido a las decisiones judiciales, respeto que se traduce, en la no injerencia en las decisiones que tomen los jueces en uso de sus competencias asignadas y recordar que la libertad periodística en nuestro país no tiene censura, pero eso sí, debe ser responsable en su actuar.

En los actuales momentos históricos de nuestra patria donde todo está en transición, los jueces deberían ser iconos representativos de los genuinos “padres” de la patria,⁹ en el buen sentido, como aquellos forjadores de civilidad y sociedad entre nosotros, esa labor casi olvidada y que genera un vacío enorme al interior de la sociedad, pues el juez antes de ser un mero operador jurídico o un tecnócrata judicial, debe no solo ser, sino parecer serlo, pareciera que sufrieran de una nomofobia¹⁰ o ejercieran su actividad legal con un patrocinio infiel¹¹.

El juez debe con su sabiduría ejercer un verdadero ministerio de servicio, solo así volviendo

⁸“Un caso puede generar controversia pública y tener amplia publicidad en los medios de información, pudiendo decirse que el juez se halla en el ojo del huracán. A veces el peso de la publicidad puede tender marcadamente hacia un resultado deseado. Sin embargo, en el ejercicio de la función judicial el juez debe ser inmune a los efectos de esa publicidad. Un juez no debe preocuparse de si las leyes que ha de aplicar o los litigantes que acuden al tribunal son populares o “Un juez debe ser independiente de los demás jueces”.

⁹4. El Juez en el Estado social y democrático de derecho.

4.1. La representación iconográfica de la justicia y su simbología.

La justicia es tradicionalmente representada como una mujer que viste toga grecorromana y que sostiene en una de sus manos la balanza, en la que sopesa los reclamos de quienes acuden a ella y le permite proceder equitativamente; en su otra mano, blande una espada como símbolo de la fuerza que respalda el cumplimiento de sus veredictos; y en algunas imágenes se incluye, adicionalmente, una venda que sugiere el análisis incorrupto e imparcial frente a los litigantes .

Pero la venda no siempre estuvo allí. En un comienzo, incluso, esta era asumida negativamente como una profunda limitación para cualquier persona así agobiada con la falta de visión. En un grabado atribuido a Dürero y que ilustra la obra de Sebastian Brant de 1494, “La nave de los necios”, aparece uno de los necios (que siempre visten sombreros con orejas de asno) poniéndole la venda a la justicia y, por ende, induciéndola al error y a la estulticia.

Es probable que el imaginario común de la justicia de ojos vendados, como aquel frío e impávido funcionario que se limita a esperar que las partes dispongan sus pretensiones sobre la balanza, no represente a cabalidad el ideal del Juez dentro del Estado social y democrático de derecho. Como se procederá a explicar en el siguiente acápite, la Constitución de 1991 reclama una justicia que se quite la venda y observe la realidad de las partes y del proceso; una justicia que no permanezca inmóvil sino una activa y llamada a ejercer una función directiva del proceso en aras de alcanzar una decisión acorde con el derecho sustancial.” (Sentencia Corte Constitucional SU 768 de 2014, Expediente: T-3.955.581. Asunto: La carga de la prueba del derecho extranjero y la labor del juez en el Estado Social de Derecho. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)).

¹⁰Locución griega que significa: Aversión al orden establecido. Hostilidad a la legalidad o al derecho.

¹¹Significa: abogado prevaricante.

a sus raíces de donde surgió la necesidad de la figura del juez, recobrar su justo puesto en la construcción de un país y de una sana y justa convivencia pacífica, máximo valor impregnado por la Carta fundamental, donde no es pues el sometimiento gradual y pegado a las normas lo que le dará la independencia requerida a la justicia, sino la interpretación sostenida y la mirada puesta en nuestra Constitución como guardiana y depositaria de los derechos más fundamentales para el hombre, lo que marcará el camino que debemos recorrer en pos de esa independencia que determine un sistema judicial auténticamente democrático.

Al igual que la verdad, la aplicación de la justicia no puede ser sometida a consenso, en este sentido la democratización de la función jurisdiccional no está enmarcada por el sistema político predominante, sino esencialmente por la contundencia en que sus jueces defiendan los postulados más fuertes de los derechos fundamentales, luego la ecuación democracia, función jurisdiccional que nunca será completa sin el derecho vivo que permita el imperio de estos derechos, ello para impedir que las leyes no dejen al juez actuar con justicia en cada caso y en consecuencia ser independientes.

Creo firmemente que nuestra labor judicial tendrá caminos de redención, si podemos desde nuestra cotidianidad lograr poco a poco cambiar estas realidades:

“Cuando adviertas que para producir necesitas la autorización de quienes no producen nada; cuando compruebes que el dinero fluye hacia quienes trafican no con bienes sino con favores; cuando percibas que muchos se hacen ricos por el soborno y las influencias más que por el trabajo, y que las leyes no te protegen contra ellos, sino que, por el contrario, son ellos los que están protegidos contra ti; cuando repares que la corrupción es recompensada y la honradez se convierte en un sacrificio personal, entonces podrás afirmar sin temor a equivocarte que tu sociedad está condenada.” (Alissa Zinovievna Rosenbau).

JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ OROZCO, Abogado Universidad de Antioquia, colaborador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Especialista en Derecho Penal y Criminalística, Especialista en Derecho Médico, autor de varios libros de Derecho Penal y Civil, Juez Primero Civil del Circuito de Medellín.

VARIACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA LUEGO DE FORMULADA LA IMPUTACION EN EL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO DE LA LEY 906 DE 2004, ANTES DE LA ACUSACIÓN. ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES¹

Por: Álvaro Luis Lora Herrera²

Resumen: El presente artículo de investigación da a conocer la forma cómo la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal de nuestro país, ha venido haciendo estudio sobre el principio de congruencia y la ampliación del mismo, a la audiencia de imputación, delimitando en qué aspectos debe guardar coherencia la emisión de la sentencia a partir incluso de la audiencia de imputación, teniendo en cuenta que dentro del denominado sistema acusatorio, que tiene sus raíces en el sistema norteamericano, ésta audiencia no se erige como sustancial en la implementación de este sistema procesal. De esta forma, el trabajo pretende exponer los planteamientos normativos y la línea jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia ha venido desarrollando a través de la vigencia de la Ley 906 de 2004.

INTRODUCCIÓN:

Con la implementación en Colombia del Acto legislativo No. 3 de 2002 y la Ley 906 de 2004, se acogió en este país el sistema penal acusatorio, que aunque tiene sus antecedentes en el sistema procesal de Estados Unidos de América y Puerto Rico, presenta variaciones y novedades, lo que lleva a que algunas figuras jurídicas contenidas en él, tengan un tratamiento distinto, siendo una de ellas la posibilidad de variación fáctica y jurídica entre la imputación y la acusación, haciendo necesario estudiar la aplicación de esta figura para evitar problemas en cuanto a su aplicación.

Es importante resaltar que de acuerdo con los estudios que se han realizado sobre el

¹ Informe final de la investigación desarrollada para obtener el título de Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

² Abogado, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

denominado Sistema penal, sobre todo, lo señalado por los autores Stanley Cohen³, Eugenio Raúl Zaffaroni⁴, Luigi Ferrajoli⁵, Juan Bustos Ramírez⁶, es claro que ante conductas consideradas como atentatorias de bienes jurídicos trascendentes o protegidos por la Ley penal, se hace necesario que a través del proceso penal se valore esa conducta denominada punible, toda vez que el proceso penal se constituye en el medio para que a través del debido proceso, se imparta Justicia.

Es así como desde la entrada en vigencia del sistema procesal penal acusatorio que trajo consigo la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación ejerce el monopolio de la acción penal, convirtiéndose en sujeto procesal y en el evento que se den las condiciones procesales y probatorias presenta imputación, formula la acusación, en los términos señalados por la Ley, interviniendo también en el juicio oral de cara a la emisión de una sentencia ya sea absolutoria o condenatoria.

Si bien es cierto que previo a la emisión de una sentencia, por parte del Juez competente, la Fiscalía debe, en la etapa investigativa, realizar la imputación y posteriormente formular la acusación, también lo es que atendiendo precedentes jurisprudenciales y lo señalado en la ley 906 de 2004, debe existir una congruencia entre los hechos y las calificaciones jurídicas -a partir de la imputación, en la acusación y en la sentencia-, en aras de preservar que el principio acusatorio cumpla su finalidad, entendiendo que un actuar contrario redundaría con el ejercicio del derecho de la defensa y su derecho a conocer las circunstancias fácticas y jurídicas por las cuales se investiga y se lleva a juicio.

Sin embargo, en el real desarrollo del proceso se observa que la Fiscalía, como sujeto procesal, en muchos casos realiza cambios en las circunstancias fácticas y jurídicas, luego de haber formulado la imputación, incluyendo nuevos hechos o delitos; circunstancias atenuantes y/o agravantes en la acusación y aún en el mismo juicio oral, lo que ha suscitado problemas en relación con identificar cuáles son las circunstancias a tener en cuenta para poder variar los aspectos fácticos y jurídicos, por parte del ente acusador, luego de formulada la imputación, sin que se menoscabe el derecho de defensa.

Dentro del presente trabajo se abordará el estudio del siguiente problema: ¿En qué circunstancias permite, la legislación y Jurisprudencia Colombiana, la variación de aspectos fácticos y jurídicos, una vez formulada la imputación y hasta antes de la acusación?

³COHEN, Stanley. Visiones del control social. Editorial PPU.1988. Barcelona

⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. 2000. Buenos Aires.

⁵FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Quinta edición. 2001. Madrid.

⁶BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control social y sistema penal. Editorial PPU. 1987. Barcelona.

VARIACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA EN LA NORMATIVIDAD PENAL DE COLOMBIA.

Normativamente se aprecia que en relación con la congruencia en materia penal, la misma se reduce a un solo artículo dentro de la regulación procedimental penal, en la que básicamente ésta se centra en la correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, emitida como resultado de todo el proceso dentro del juicio oral; en esa medida se encuentra el artículo 448 del C.P.P, el cual expresa que “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”.

Deduciéndose que no es posible, en la regulación procesal penal patria, la variación fáctica ni jurídica en esta etapa del proceso; sin embargo, cabe anotar, que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al hacer alusión a este artículo, ha manifestado que en algunas circunstancias sí es posible el cambio al momento de juzgar, pero solo sobre el aspecto jurídico, no obstante lo anterior la variación entre acusación y sentencia no es objeto de este estudio.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en relación con los preacuerdos, el CPP señala, en el artículo 351 inciso 3º: “En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación⁷” . En este sentido, se abre la puerta a que se den cambios en la imputación cuando se han realizado preacuerdos, haciendo la salvedad que en dichos preacuerdos se debe incluir la nueva imputación.

VARIACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA ENTRE LA IMPUTACIÓN Y LA ACUSACIÓN, DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

En concordancia con lo anterior, y con el fin de identificar cuál ha sido la postura de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, frente al tópico de la congruencia fáctica y jurídica que debe existir entre la imputación y la acusación, se hará un estudio sobre los pronunciamientos más relevantes que respecto a este tópico ha emitido esta Corporación desde el año 2006, en los que se hacen aclaraciones y se emiten argumentos sobre el tema de la variación fáctica y jurídica, entre estas dos etapas del proceso penal.

⁷COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 906 de 2004 por la cual se expide el código de procedimiento penal. Art. 351 inciso 3º.

En el año 2006, la Corte Suprema de Justicia⁸ hace alusión sobre los eventos en los cuales se transgrede el principio de congruencia dentro del proceso penal, recordando que, dentro del sistema penal implementado en Colombia, se adoptaron dos tipos de imputaciones, una fáctica y una jurídica, que deben ser anunciadas a las partes, especialmente al imputado y su defensa, desde el momento de la audiencia de imputación, con el propósito que se tengan claros los extremos procesales.

Así, estima la Corte, que este principio se puede vulnerar desde dos aspectos, uno por omisión y otro por acción, estableciendo situaciones distintas en cada uno de esos eventos, es así como establece que existe vulneración del principio de congruencia:

1. Por acción:

- a) Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.
- b) Cuando se condena por un delito del cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, según el evento.
- c) Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, **pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad.**

2. Por omisión:

Cuando en la sentencia se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso⁹.

Se observa así que ya la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, viene hablando del respeto a lo imputado en audiencia de formulación de cargos, por parte del ente Fiscal y su coherencia con las audiencias posteriores a aquella.

En esta sentencia, que se considera como hito, la Corte de manera indistinta se refiere, a que la congruencia se vulnera, cuando se condena por hechos o delitos distintos a los planteados en la imputación o acusación, sin ser específica sobre los eventos en los que se permite la variación fáctica y/o jurídica de imputación a acusación, refiriéndose de manera especial a la imposibilidad de variación fáctica y jurídica entre acusación y sentencia¹⁰.

⁸COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de junio de 2006, radicado N° 24529, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

⁹Ibíd.,

¹⁰Lopez Medina, Diego Eduardo. El derecho de los Jueces. Editorial Legis.2013. 2da Edición. Bogotá. Pág. 162

En el año 2008, en sentencia emitida el 8 de octubre, la Corte es clara en afirmar que el único efecto condicionante entre la imputación y la acusación, se haya en lo fáctico, en los hechos y no en la adecuación típica que de ellos se realice, existiendo solo congruencia entre el pliego de cargos y la sentencia,

De modo que la formulación de la imputación se presenta como un liminar señalamiento fundado en una inferencia razonable sobre el eventual compromiso penal que le puede deparar a una persona y cuya valoración le corresponde a la defensa con miras a intuir en su capacidad de anticipación y estrategia el desenvolvimiento que pueda tener en orden a una posible atribución formal de cargos y decisión adversa consolidada en el fallo.

5. De ahí que pretender afirmar a través de la expresión “imputación inflada” -carente por demás de una delimitada significación jurídica y procesal-, la existencia de una camisa de fuerza para el Estado jurisdiccional en orden a tener que mantener plena identidad sobre la índole delictiva de la conducta objeto de imputación -y sus circunstancias especificadoras características- con la acusación y luego con la sentencia, so pretexto de quebrantar en caso contrario el debido proceso, resulta evidentemente infundado¹¹.

No obstante lo anterior, aclara la Corte que “no sobra precisar que la correlación o consonancia que debe predicarse entre la imputación fáctica y la imputación jurídica que figura en el escrito de preacuerdo no es la misma que el funcionario tiene que constatar frente a la intangibilidad de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación de imputación”¹², toda vez que en este punto le corresponde al juez verificar que los aspectos sobre los que se funda el acuerdo, sean idénticos, en materia de hechos, a los que se plantearon por la fiscalía en la audiencia de imputación.

Corolario de lo anterior, coincide la Sala Penal de la CSJ¹³, con la posición de que los hechos esbozados en la imputación son inmutables en cualquier etapa del proceso, incluyendo la etapa de acusación, afirmando que no sucede así con la imputación jurídica, toda vez que esta puede variar durante el transcurso del desarrollo de la investigación, al irse incrementando el grado de conocimiento sobre los hechos, lo que puede tener como consecuencia una acusación de mayores connotaciones, y más aún, si se tiene en cuenta que la imputación

¹¹COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de octubre de 2008, radicado N° 29338, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

¹²COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de octubre de 2008, radicado N° 29979, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹³COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de diciembre de 2008, radicado N° 30288, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

es una de las primeras fases, donde la labor investigativa está en su etapa inicial, y dicha imputación se hace sobre fundamentos de razonabilidad, y no de probabilidad de verdad como sí sucede en la acusación.

Conservando la postura expresada en las providencias antes mencionadas, la Corte en el año 2009¹⁴ plantea que la vulneración al principio de congruencia se da por omisión o por acción, cuando se condena por hechos distintos a los especificados en la imputación o en la acusación, cuando se condena por delitos que no han sido mencionados ni en sus aspectos fácticos ni jurídicos, cuando se adicionan circunstancias de agravación a delitos informados en la audiencia de imputación o acusación, haciendo énfasis en que la congruencia se relaciona principalmente con los hechos que fueron comunicados en la imputación, los cuales deben ser los mismos que se incluyen dentro del escrito y la audiencia de acusación.

Así mismo ha expresado que la congruencia no se materializa entre la imputación y la acusación, sino frente a acusación y sentencia, toda vez que el proceso tiene un carácter progresivo, por tanto la imputación jurídica hecha durante la audiencia, no tiene el carácter de inmutable, inmodificable y vinculante de manera definitiva. Adicional a ello, sostiene que la imputación se hace sustentada sobre posibilidades y no sobre probabilidad de verdad, aduciendo que:

En el desarrollo de aquellas se tiene que la imputación fáctica y jurídica formulada por la Fiscalía en la audiencia establecida para tal efecto, precedida de la noticia criminal y el adelantamiento de las pesquisas correspondientes, se ubica en el ámbito de la posibilidad (si ocurre A, puede ocurrir B), entendida por regla general como una situación de incertidumbre propia de lo incipiente del diligenciamiento, momento en el cual se hace necesario ahondar en la búsqueda de diversos elementos materiales probatorios y evidencia en procura de constatar o infirmar la acreditación de la materialidad del delito y la responsabilidad del inculpinado.

Ya cuando se trata de la acusación, el grado de conocimiento es sustancialmente diverso, pues opera según el artículo 336 de la legislación procesal penal de 2004 en el terreno de la “probabilidad de verdad”, (siempre o casi siempre que se presenta A, entonces, sucede B), motivo por el cual, como acto culminante de la investigación adelantada por la Fiscalía, cobra un especial carácter de inmutabilidad, salvo las expresas excepciones definidas por el legislador (v.g. La petición de absolución perentoria contenida en el artículo 424 de la Ley 906 de 2004 o las aclaraciones, adiciones o correcciones a las que se refiere el artículo 339 de la misma normatividad), en cuanto se convierte en ley del proceso, a la vez que delimita

¹⁴COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, radicado N° 30043, M.P. María del Rosario González de Lemos.

el contexto dentro del cual habrá de librarse el debate oral¹⁵.

En esa misma sentencia, la Corte¹⁶ hace énfasis nuevamente en que la congruencia en el proceso penal, no se materializa entre la imputación y la acusación y que la misma no está contemplada en la norma procedimental, donde solo se hace referencia a la congruencia entre acusación y sentencia, toda vez que en atención al principio de progresividad del proceso penal, resultaría inconsistente no aceptar la mutabilidad de la imputación, debido a que a medida que avanza la investigación el grado de conocimiento sobre los hechos es mayor, lo que puede llevar a que se den cambios en la imputación. Concluyendo que solo en caso de surgir nuevos hechos, se hace necesario que se realice nueva audiencia de ampliación de imputación.-

En el año 2010¹⁷ y 2011¹⁸, la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal, nuevamente plantea, que el aspecto que se debe mantener incólume entre la formulación de imputación y la acusación, es el aspecto fáctico y que la congruencia entre ambas se reduce solo a este aspecto, es decir, que el aspecto jurídico si es variable, en la medida que

4. Ninguna ligazón o efecto condicionante de congruencia o consonancia jurídica -salvo desde luego que el marco de referencia fáctico sea naturalísticamente el mismo-, puede existir entre el acto de formulación de la imputación y la acusación o la sentencia, toda vez que dicha sujeción solo puede ser comprendida entre el pliego de cargos y el fallo, pues el acusado no puede ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado su condena (artículo 448 C. de P.P.).

De modo que la formulación de la imputación se presenta como un liminar señalamiento fundado en una inferencia razonable sobre el eventual compromiso penal que le puede deparar a una persona y cuya valoración le corresponde a la defensa con miras a intuir en su capacidad de anticipación y estrategia el desenvolvimiento que pueda tener en orden a una posible atribución formal de cargos y decisión adversa consolidada en el fallo.

Señala la Corte que el aspecto de congruencia que es indispensable para que no se vulnere el debido proceso de las partes intervinientes, en este caso la defensa, es la que debe existir

¹⁵Tbíd.,

¹⁶Tbíd.,

¹⁷COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de septiembre de 2010, radicado N°32978 M.P. María del Rosario González Lemos

¹⁸COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de septiembre de 2011, radicado N° 35293. M.P. María del Rosario González Lemos

entre la acusación y la sentencia, expresando al referirse a la exigencia mal entendida de congruencia que algunos consideran debe existir entre la imputación y la acusación, que este no se materializa entre estas etapas procesales, toda vez que la progresividad del proceso investigativo del delito, no permite que la Fiscalía establezca una determinación punitiva definitiva en esa etapa inicial del proceso, ubicando los aspectos jurídicos y facticos en el ámbito de la posibilidad, distintos a la etapa de acusación donde ya debe existir probabilidad de verdad, es así como se expresa:

El principio de congruencia no se materializa entre la formulación de imputación y la acusación, como erradamente lo entienden los recurrentes, sino entre la acusación y la sentencia.

Precisamente la progresividad del proceso impide que razonablemente se le pueda exigir a la Fiscalía mantener invariable y definitiva la imputación formulada en la audiencia correspondiente celebrada ante el Juez de control de garantías. Téngase en cuenta que, conforme lo ha sostenido reiteradamente la Sala (Cfrt., entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de febrero de 2009, Rdo. 30043 y Auto del 21 de abril de 2010, Rdo. 33.160.), la imputación fáctica y jurídica expresada por la Fiscalía, se ubica en el ámbito de la posibilidad, entendida como una situación de incertidumbre propia de la embrionaria investigación.¹⁹ (Subrayado fuera del texto)

La Corte ha sido clara en afirmar, que es errado pretender que exista una congruencia absoluta entre imputación – acusación, y que cuando ésta no se da se presenta una vulneración al debido proceso o al derecho de defensa, toda vez que entre ambas el aspecto jurídico puede variar, y en esa medida

Debe quedar claro, entonces, que la congruencia típica se pregona no de la imputación, sino de la acusación respecto al fallo y solo se obliga que los hechos, en su cariz fáctico y no jurídico, permanezcan invariables desde ese primer estadio de comunicación.

Por ello, no puede extrañar que en atención a lo investigado por la Fiscalía con posterioridad a la formulación de imputación, en el escrito de acusación y posterior audiencia de formulación de la misma, se modifique total o parcialmente la adecuación típica, o se eliminen o agreguen causales específicas o genéricas de agravación o atenuación punitivas²⁰.

¹⁹COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de octubre de 2012, radicado N° 38160, M.P. José Luis Barceló Camacho.

²⁰COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 10 de octubre de 2012, radicado N° 38701, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

La Corte Suprema de Justicia²¹ citando la sentencia C-025 de 2010²² de la Corte Constitucional, en lo referente al principio de congruencia, predicable entre la audiencia de imputación y la de acusación, estableció, que para efectos de la interpretación el artículo 448 del C.P.P., que trata de la congruencia entre acusación y sentencia, se debe entender que ésta también es aplicable entre la etapa de imputación y acusación, siendo que la congruencia es de orden fáctico, y la valoración jurídica de esos hechos es la que se hace de manera provisional, pudiendo ser variada entre ambas audiencias, todo lo anterior, haciendo uso también de lo contemplado en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.

Posteriormente, en sentencia del 15 de Octubre de 2014, rad. 41253, MP. Gustavo Malo Fernández, la Corte ha dicho:

Con todo, la Corte ha admitido la posibilidad de que el Juez profiera Sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre y cuando: I) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, II) La nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, III) La modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, IV) La tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y V) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes. En una reciente decisión acerca del tema (CSJ Ap. 24-09-2014 Rad. 44458) reiteró la Sala que cuando de manera excepcional el Juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los hechos, se tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación se orientara hacia una conducta punible de menor o igual entidad²³.

Al hacer referencia a pronunciamientos anteriores, en el año 2015²⁴, la Corte cita un fallo de esa misma Corporación emitido en el año 2009, bajo el radicado 32789, donde hace referencia a que el tema de la congruencia entre la indagatoria y la acusación son de carácter provisional, es decir, que al no ser definitivos, como sí sucede en la acusación, pueden ser modificados, explicando a la letra:

²¹COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de julio de 2013, radicado N° 36467, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

²²COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

²³COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de octubre de 2014, radicado N° 41253, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

²⁴COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de febrero de 2015, radicado N° 44235, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

...como la Corte lo ha precisado en otras ocasiones, la ley procesal no exige la exacta consonancia entre las imputaciones formuladas en la indagatoria y los cargos deducidos en la acusación, pues aquellos son de naturaleza provisional y solamente los últimos son definitivos, sin desconocer que existe la posibilidad de modificarlos en la etapa del juicio, conforme precisos presupuestos. (CSJ AP, 9 Dic. 2009, Rad. 32789)

Corolario a todos los argumentos anteriores, expuestos por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en sentencia del año 2015 reafirmó el aspecto condicionante, en cuanto a lo fáctico que posee la imputación frente a la acusación, “sin que los hechos puedan ser modificados, estableciéndose así una correspondencia desde la arista factual, lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.”²⁵, haciendo énfasis en que más que existir congruencia entre estas dos etapas procesales, lo que se debe presentar entre ellas es coherencia, con el propósito de preservar el núcleo fáctico del proceso entre imputación y acusación.

Aclara además la Corte que:

Quando surgen nuevas aristas fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico²⁶

Ya en Sentencia 45865 de 30 de Septiembre de 2015. MP Fernando Alberto Castro Caballero, dice la Corte, Sala Penal:

Conforme a lo anterior, se tiene que en el postulado de congruencia, convergen la imputación fáctica y la jurídica, entendidas en su amplitud y complejidad, la cual abarca con respecto a esta última todas las categorías sustanciales que valoran la conducta punible, y se integran de manera inescindible eslabones, valga decir, los hechos y los delitos, los cuales en la sentencia no podrán ser distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso. Pues bien, en lo que dice relación con la imputación fáctica, es claro que los Jueces de instancia bajo ningún pretexto se pueden apartar de los hechos

²⁵COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 29 de abril de 2015, radicado N° 43211, M.P. Eugenio Fernández Calier.

²⁶Ibíd.,

y menos cuando estos no constan en la acusación, en los términos de que trata el Art. 448 ejusdem (...).

No ocurre lo mismo tratándose de la imputación jurídica, de la cual se pueden apartar los jueces cuando se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad como lo ha planteado la jurisprudencia, entendiéndose que aquél no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo nomen juris y que desde luego sea de menor entidad, ejercicio de degradación el cual reafirma el postulado en sentido de que si se puede lo más, se puede lo menos; insistirse en la dimensión que viene de referirse, esto es, valga precisarlo que esa degradación opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación.²⁷

En sentencia del 24 de Febrero de 2016²⁸, se señala que se parte de un concepto de congruencia fáctica absoluta en cuanto a que el núcleo esencial de los hechos permanece incólume y una congruencia jurídica variable, permitiéndose cambio en cuanto no afecte al procesado.

En consonancia con lo anterior, la Corte²⁹ reitera, que el aspecto factico se debe conservar durante todo el proceso, así como el aspecto personal (la persona imputada), y en ese sentido habla de coherencia, retomando pronunciamientos anteriores, donde se ha considerado la imputación como condicionante fáctico de la acusación y de las otras actuaciones que la reemplacen, como el allanamiento o el preacuerdo, en esa medida los hechos deben ser respetados, entre los actos de formulación de imputación y acusación.

Finalmente, en sentencia del año 2017, al estudiar los casos en los que se presenta trasgresión al principio de congruencia, estableció como primer caso, aquel en el que se condena por hechos distintos a los contemplados en la formulación de imputación o en la acusación, aclarando que cuando se trata de esta causal “la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre

²⁷COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de septiembre de 2015, radicado N° 45865, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

²⁸COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de febrero de 2016, radicado N°47421. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

²⁹COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de

que se desconozca el núcleo esencial de la misma”³⁰. En el mismo sentido al estudiar un caso donde se presentó variación jurídica de los hechos enjuiciados, estableció que

Está claro que lo diferente no son los hechos, sino la interpretación jurídica de los mismos, y por ello, de ninguna manera se vulnera el principio total de la congruencia –necesidad de que exista siempre absoluta coincidencia fáctica-, cuando se muta la calificación jurídica de lo sucedido desde la complicidad en el homicidio hacia el favorecimiento³¹.

Reafirmando en esa medida la posición de la Corte Suprema, al considerar que sí es posible la variación de la imputación, pero solo en el aspecto jurídico -sin que haya necesidad de plantearlo en audiencia de imputación ampliada- y de esta manera no se vulnera el principio de congruencia que debe imperar entre estas etapas y dentro de todo el proceso respecto de los hechos o aspecto fáctico.

Ahora bien, tal como se ha dicho, verbigracia en Sentencia SP 5543-2015. Rad. 43211, de 29 de Abril de 2015, si luego de formulada la imputación, surgen nuevos hechos que configuren otra figura delictiva, será necesario ampliar la imputación, limitante que subsiste aun en la audiencia de acusación.

Ha dicho en este sentido la doctrina, que se debe readecuar o reformular nueva imputación, en tanto que se trata de hechos más gravosos para el imputado³².

Así las cosas, se puede colegir que partiendo desde la misma Corte Constitucional³³, la Corte Suprema de Justicia ha morigerado el tema de la congruencia, en el sentido de que la imputación no se torna inmodificable, sino que a partir de la no vulneración del derecho de defensa y siempre que no se agrave la situación del procesado, puede hacerse la variación jurídica pertinente, conservando el núcleo fáctico, teniendo en cuenta además la progresividad del proceso penal desde su inicio hasta la misma acusación y alegatos finales.

A ello se unen la búsqueda de la justicia material, el cumplimiento de los deberes estatales de

³⁰COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación penal, sentencia del 22 de marzo de 2017, radicado N° 48253, M.P. Eugenio Fernández Carlier

³¹COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

³²SARAY BOTERO, Nelson. Procedimiento Penal Acusatorio. Bogotá: Leyer. Segunda edición. 2017. pág. 272.

³³COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 025 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

lucha contra la criminalidad, así como la garantía de los derechos de las víctimas, principios basilares de los cuales se deduce que la calificación jurídica debe tener carácter provisional, pudiendo ser modificada bajo ciertas condiciones.

ASPECTOS EN LOS QUE SE PERMITE LA VARIACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA ENTRE IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN

A partir de lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, acerca de la congruencia que debe existir entre el acto de imputar y el de acusar, se extraen las siguientes conclusiones:

1. No es posible la variación del componente fáctico existente en la imputación.
2. Si a partir de los resultados obtenidos con la investigación, se hace necesario agregar nuevos hechos a la imputación hecha inicialmente, se debe realizar una nueva audiencia de imputación, en la que se le informe al procesado los nuevos hechos imputados.
3. La variación entre imputación y acusación es viable, siempre que la misma solo verse sobre el aspecto jurídico y no sobre el fáctico. En el caso en que surjan nuevos hechos, debido a la progresividad, deberá manifestarse en audiencia de ampliación de imputación.
4. Se permite la variación jurídica, teniendo en cuenta la progresividad de la investigación, y que en virtud a ello, los hechos pueden ser encuadrados en una conducta punible distinta a la anterior, conservando el mismo componente fáctico.
5. Cuando se han realizado preacuerdos, la congruencia exigida es más estricta, y en ese sentido el juez debe fallar teniendo en cuenta solo los hechos e imputaciones jurídicas, sobre las cuales versan los preacuerdos.
6. Cuando se está en presencia de preacuerdos, y se ha llevado a cabo variación en el aspecto jurídico de la imputación, o se han imputado nuevos hechos mediante otra audiencia de imputación, el preacuerdo debe versar sobre esas variaciones realizadas.

CONCLUSIONES

Es claro que a través de la historia, el sistema procesal ha decantado el principio acusatorio, en el que prima la pretensión de las partes, la que debe valorarse por el tercero imparcial,

quien debe pronunciarse en torno a esta petición. En este sentido, la Doctrina ha ayudado a esclarecer este principio, determinando en el sistema procesal penal, distintas etapas procesales y el estudio de la denominada congruencia, extendiéndola hasta la imputación, como forma de comunicación al investigado de los cargos por los que se le vincula, debiendo estos cargos fácticos permanecer inalterables, salvo la aparición de nuevas circunstancias y hechos que se deben poner de presente en nueva audiencia, en aras de preservar el derecho de defensa.

Ahora bien, en tratándose del estudio del principio de congruencia en la relación imputación-acusación, la ley procesal de nuestro país permite la congruencia entre la acusación y sentencia, siendo que desde la Jurisprudencia Constitucional, a partir de la Sentencia C 050 de 2003, se señala que la congruencia se extiende al vínculo existente entre la imputación de cargos y la acusación, entendiéndose que dada la precariedad en los elementos materiales probatorios, emp, los hechos pueden variar y ser modificados en nueva imputación, siendo la imputación jurídica provisional y sometida a cambios a favor del imputado. En este sentido, la Doctrina Colombiana ha sido pacífica en este sentido, concordando en que debe existir coherencia entre imputación, acusación y sentencia.

En torno a la Jurisprudencia, es claro que desde la Sentencia C 025 de 2010 se hace alusión a que hay que tener en cuenta la formulación fáctica de los hechos realizada en la imputación, como marco de congruencia con la acusación, que en sí debe tener correspondencia con la acusación. El núcleo fáctico debe permanecer incólume, como garantía del principio acusatorio y derecho de defensa, acogiendo la Jurisprudencia, desde el año 2006, tal como se expresó a lo largo de nuestro trabajo, que al surgir nuevos elementos materiales probatorios o evidencia física, emp o ef, dada la progresividad del proceso penal y nuevas circunstancias fácticas, abre la posibilidad de ampliar la imputación. En este sentido, han sido pacíficos los planteamientos de la Corte.

BIBIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema Procesal. Garantía de Libertad. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal–Culzoni Editores, 2009, Tomo I.

AMBOS, Kai. Proceso Penal. Perspectiva internacional, comparada y Latinoamericana.

ARANGO GIRALDO, Andrés Felipe. Control Constitucional a la imputación de cargos.

Álvaro Luis Lora Herrera - Fiscal ante Jueces Penales del Circuito de Cartagena, Especialista en Derecho Penal, Probatorio; Constitucional y DD Humanos. Magíster en Derecho Procesal Universidad de Medellín. Con estudios de Máster en sistema penal y problemas sociales Universidad de Barcelona.

Medellín: Ediciones Unaula, 2014.

ARIAS DUQUE, Juan Carlos. Módulo Audiencias preliminares. Especialidad Derecho Penal. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2017.

ARMENTA DEU, Teresa. Sistemas procesales penales “La justicia penal en Europa y América. Madrid: Martial Pons., 2012.

ASCENCIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. 91 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal, estructura y garantías procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, Tomo II.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTELEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tomo I, 2013.

BINDER, Alberto. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc., 2014.

BURBANO, José. El control de la acusación “Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CAMARGO, Pedro. Manual de enjuiciamiento penal colombiano, sistema acusatorio y juicio oral y público. Bogotá: Leyer, 2008.

CHIESA APONTE, Ernesto. El derecho procesal penal de Puerto Rico y Estado Unidos. Volumen III. Ed. Forum. 1995.

FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. La imputación y la acusación en el sistema penal acusatorio. Bogotá: Leyer, 2012.

GIMENO SENDRA, Vicente. Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid-España: Ed. Colex, 2010. Pág. 213.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio L. La acusación en el sistema penal acusatorio. Bogotá: Editorial Leyer, 2013.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio L. Manual de procedimiento penal acusatorio. Bogotá: Editorial Leyer, 2014.

MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema procesal acusatorio de Estados Unidos. Bogotá: Legis. 2006.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. Bogotá: Editorial Temis. 2008.

REYES NÚÑEZ, Luigi José. Allanamiento a cargos y preacuerdos. Bogotá: Editorial Leyer, 2010.

SARAY BOTERO, NELSON. Procedimiento penal acusatorio. Bogotá: Editorial Leyer. 2017.

SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos. Sistema acusatorio y técnicas de juicio oral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.

VANEGAS, Piedad. La imputación. En: Reflexiones sobre el sistema acusatorio, una visión desde la práctica judicial. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2008.

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 de 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.

Diagramación: Francy Johana Correa Saldarriaga

Impreso y hecho en Colombia por
Aplicaciones Impresas S.A.S.
Calle 50 No. 68 - 53, Medellín
Teléfono: 448 06 21



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