

EDICIÓN  
**55**

# Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES  
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE



# Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES  
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 55, enero - junio de 2021  
<http://dx.doi.org/10.14482/dere.53.001>  
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

## UNIVERSIDAD DEL NORTE

Adolfo Meisel Roca  
RECTOR

Silvia Gloria De Vivo  
DECANA DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y  
RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD  
DEL NORTE

Juan Pablo Sarmiento Erazo  
EDITOR

Laura Pérez Arteta  
ASISTENTE EDITORIAL

## COMITÉ EDITORIAL

Viridiana Molinara Hassan  
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Juan Luis Goldenberg Serrano  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA (CHILE)

Julia Sandra Bernal Crespo  
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Fernando López Ramón  
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (ESPAÑA)

José María Miquel González  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Angel Menéndez Rexach  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Andrés Botero Bernal  
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER (COLOMBIA)

Mario Alberto Cajas Sarria  
UNIVERSIDAD ICESI (COLOMBIA)

## COMITÉ CIENTÍFICO

Daniel Bonilla  
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLOMBIA)

Beatriz Londoño Toro  
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (COLOMBIA)

María Lourdes Ramírez  
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Andrea Macía Morillo  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

María Amparo Alcoceba  
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (ESPAÑA)

José María Gabilondo  
FLORIDA INTERNATIONAL UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

David J. Myers  
PENN STATE UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

Ricardo Rivero Ortega  
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez  
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Pilar Benavente Moreda  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Carlos Mario Molina  
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (COLOMBIA)

La REVISTA DE DERECHO es una publicación semestral de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte.

Está incluida en:

- Index Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas de Colciencias –PUBLINDEX– **Categoría B** (<http://www.colciencias.gov.co/scienti/publindex/>).
- SciELO Citation Index - Thompson Reuters
- DOAJ - Directory of Open Access Journals
- Ulrich's Periodicals Directory
- SciELO: Scientific Electronic Library Online ([www.scielo.org.co](http://www.scielo.org.co)).
- REDALYC: Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (<http://redalyc.uaemex.mx/>).
- LATINDEX: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal ([www.latindex.unam.mx](http://www.latindex.unam.mx)).
- Bases de datos LEXBASE, EBSCO y DIALNET.
- CLASE: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (<http://clase.unam.mx/>)
- ERIH PLUS: European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences (ERIH PLUS). <https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/index>

Se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido siempre y cuando se cite la fuente. Los conceptos expresados son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/rderecho@uninorte.edu.co>  
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/issue/view/500>



## Editorial

Dirección postal  
División de Derecho, Ciencia Política  
y Relaciones Internacionales  
Universidad del Norte  
Apartado aéreo 1569  
Barranquilla (Colombia)

Realización de  
Editorial de la Universidad del Norte

*Coordinación editorial*  
María Margarita Mendoza

*Asistente editorial*  
Isabella Rendón Barros

*Arte y diseño*  
Joaquín Camargo Valle

*Diagramación*  
Álvaro Carrillo Barraza

*Procesos técnicos*  
Munir Kharfan de los Reyes

*Corrección de textos*  
Eduardo Franco  
Iván Yunis

# Revista de Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES  
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 55, enero - junio de 2021  
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (on line)

## CONTENIDO/CONTENT

vi	.....	<b>Editorial</b>
		ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN
10	.....	<b>Rawls y el derecho</b> <i>Rawls and Law</i> Ronald Dworkin Traducción de Leonardo García Jaramillo Universidad EAFIT, Colombia
33	.....	<b>Fundamentos filosófico-políticos para la enseñanza de la asignatura constitución política</b> <i>Philosophical and Political Basics to Teach a Political Constitution Course</i> Rafael Gonzalo Angarita Cáceres Universidad Industrial de Santander (UIS) Colombia
47	.....	<b>La integración contractual del préstamo multidivisa en el Derecho de consumo europeo</b> <i>Contractual Integration of Multi-Currency Loans in European Consumer Law</i> Gerard Rincón Andreu Universidad Santiago de Cali, Colombia
79	.....	<b>Conflictos laborales y administración de justicia. Tribunal del Trabajo de Cali, 1946-1958</b> <i>Labor Disputes and Administration of Justice. Cali Labor Court, 1946-1958</i> Natalia Mendoza Rendón Universidad del Valle, Colombia
103	.....	<b>Responsabilidad Patrimonial del Estado: contrapeso al poder exorbitante de la Administración pública mexicana</b> <i>Patrimonial Responsibility: Counterweight to the Exorbitant Power of the Mexican Public Administration</i> Guillermo Cambero Quezada Universidad Autónoma de Guadalajara, México

123 ..... **La mitigación del perjuicio en la responsabilidad extracontractual del Estado**

*The Mitigation of Prejudice in Extracontractual State Liability*

Víctor Andrés Sandoval Peña  
Universidad La Gran Colombia, Colombia

148..... **Lineamientos para la formulación del Plan de Búsqueda de Desaparecidos en el Norte de Santander**

*Guidelines for the Formulation of the Search Plan for Missing People in Norte de Santander*

Leidy Patricia Contreras Bolívar  
Universidad Francisco de Paula Santander, Colombia

Eduardo Gabriel Osorio Sánchez  
Universidad Santo Tomás, Colombia

172 ..... **El prejuicio en la mentira política. Una mirada desde la injusticia epistémica**

*Prejudice in Political Lies. An Epistemic Injustice Approach*

Alicia Natali Chamorro Muñoz  
Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

189 ..... **¿Cómo narrar trayectorias de la justicia constitucional a partir de los salvamentos de voto?**

*How to Narrate the Trajectories of Constitutional Justice Based on Dissenting Opinions?*

Fabio Andrés Obando Rentería  
Universidad Icesi, Colombia

217 ..... **La prueba de oficio en la construcción de la verdad procesal**

*The Ex Officio Test in the Construction of the Procedural Truth*

Juan Camilo Herrera Díaz  
Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Juliana Pérez Restrepo  
Universidad de Antioquia, Colombia





**Revista *de*  
Derecho**


**EDITORIAL**

## **El cambio climático y las necesarias acciones afirmativas a favor de la naturaleza**

*Climate change and necessary affirmative  
measures in favor of nature*

JUAN PABLO SARMIENTO E.

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster y doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad del Norte vinculado al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política de la misma Universidad. Director del Grupo de litigio de interés público de la Universidad del Norte.  
jpsarmiento@uninorte.edu.co, jua-sarm@uniandes.edu.co



Los recientes informes sobre el cambio climático y los hechos notorios que lo respaldan nos conducen a realizar una reflexión sobre el manejo ambiental y el rol que debemos desplegar desde el derecho y las instituciones. Efectivamente, la magnitud, velocidad y las consecuencias del cambio climático en la vida actual y futura presionan soluciones jurídico-políticas, de cara quizá, no sólo a reducir las emisiones de Gases con Efecto Invernadero (GEI), sino a buscar maneras de revertir sus efectos y desplegar las acciones positivas que supongan nutridos recursos para la recuperación de la funcionalidad de los ecosistemas y la estabilización del clima.

Los intereses económicos y políticos derivados de algunas actividades extractivas y productivas han provocado que la comunidad internacional eluda consensos sobre la situación ambiental, e inclusive, han desplegado campañas de negación sobre el cambio ambiental. Adicional a esto, las tendencias de izquierda y derecha le han sumado peso ideológico a la protección del medio ambiente. La consecuencia es evidente, pues estas posiciones ideológicas han politizado y eludido consensos respecto a la protección del ambiente y los recursos naturales, muy a pesar de evidencias científicas sobre la crisis ambiental, el cambio climático y la extinción masiva de especies. Por ello, es posible que tan siquiera proponer acciones afirmativas (dar y hacer) a favor de la naturaleza, para su restauración y el restablecimiento de su capacidad de regular y estabilizar el clima y los pulsos hídricos, sea aún más lejana.

Con todo, la migración forzosa por la pérdida de capacidad productiva originada por la sequía, la erosión del suelo, la desertificación, la deforestación y otros hechos ambientales (Myers y Kent, 1995), parecen presionar la inclusión de esta agenda en la discusión de la comunidad internacional. Con todo, la agenda internacional parecería estar colmada de instrumentos, cuya eficacia parecería ser poca. Entre los instrumentos que se resaltan, se encuentran la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático; Convenio sobre la Diversidad Biológica; Protocolo de Kioto, el Acuerdo de París, Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres; Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología; Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales; Convenio de Cartagena sobre la protección y el desarrollo del medio marino en la región del Caribe; Protocolo relativo a la cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la Región del Gran Caribe; Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono; Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; Convenio de Basilea sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos; Convenio marco de cambio climático; Convenio internacional de las maderas tropicales; Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos en el comercio internacional; Convenio de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes – POPs-, así más de 250 acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) relativos a diversas cuestiones ambientales (Sarmiento et al., 2018).

No obstante, dos conclusiones preliminares podrían extraerse del universo de instrumentos internacionales que pretenden alcanzar una acción global a un fenómeno de las mismas dimensiones. En primer lugar, salvo lo que parecería ocurrir con el Protocolo de Montreal, la mayor parte de los AMUMA parecerían ceder en peso y cumplimiento, respecto a actividades económicas extractivas y comerciales, que no responderían a la urgencia de la situación en la que nos encontramos. Segundo, si bien una acción global puede ser la ruta para la desaceleración del cambio climático, lo reportado por El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) da cuenta de que la acción pública no puede limitarse a la contracción de algunas actividades antrópicas que generan GEI. Sin lugar a duda, la acción local es determinante, y debe orientar su contenido a definir acciones jurídicas afirmativas y acciones fácticas positivas.

Lo anterior indica que las acciones globales y locales deben articularse. Si bien esta reflexión no es nueva, se ha hecho ineludible, pero enfrenta otras realidades. Como lo indica tanto el informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), como los indicadores recogidos por el Banco Mundial (<https://datos.bancomundial.org/indicador/>), las acciones no han sido suficientes, y probablemente han sido muy pocas. Incluso, los indicadores del Banco Mundial, disponibles de 1970 a 2018, dan cuenta de un acelerado crecimiento en las emisiones de gases de efecto invernadero totales, emisiones de CO<sub>2</sub>, emisiones de metano (kt de equivalente de CO<sub>2</sub>), con mayor profundidad desde 1990. Por otra parte, actividades como la ganadería extensiva, la extracción y producción de hidrocarburos y la generación de energía sigue dependiendo en buena medida del petróleo y sus derivados.

No obstante, reducir o llevar a cero las emisiones antrópicas con efecto invernadero no parecería ser suficiente. El informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) podría sugerir que las alteraciones en la composición de la atmósfera del planeta que se suma a la variabilidad por la desigualdad en el desarrollo y distribución de la riqueza no se satisfarán con el control a las emisiones, pues probablemente el punto crítico alcanzado exigirá una intervención decidida, coordinada y global para capturar las emisiones generadas en las últimas décadas, estabilizar el clima y recuperar la composición de la atmósfera.

Por supuesto, lo anterior podría ser problemático, en tanto sugiere la extensión de acciones positivas que se orientaron a sujetos de especial protección constitucional, que por condiciones económicas, físicas, mentales o en general, se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta. Sin embargo, las consecuencias del cambio climático, la degradación del ambiente, la extinción masiva de especies y la misma supervivencia humana podría conducir a que, en su conjunto, la humanidad se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, y las generaciones futuras ven comprometida su derecho a la pervivencia.

Es por ello por lo que la extensión de las acciones positivas a favor del ambiente, deberían ocupar un espacio relevante en las discusiones que están por venir, a propósito del derecho humano a la



pervivencia. En buena medida, este derecho se ha construido desde la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, en la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en el Protocolo de Kioto de 2005 y en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes que, en su artículo 3, reconoce el derecho a habitar el planeta y al medio ambiente. Igualmente, el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Convenio Europeo de Derechos Humanos —artículo 8.1— el Protocolo de San Salvador —artículos 7 (e) y 11— y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos —artículo 24—, la Corte Interamericana (Cidh) en su Opinión Consultiva OC23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia. Sin duda, el “derecho del futuro” empezará a ocupar importantes espacios de discusión, extendiendo las obligaciones de los Estados, que verán incrementados sus índices de Necesidades Básicas Insatisfechas por a la gran externalidad negativa que supone el cambio climático y la pérdida de habitabilidad de amplios espacios geográficos.

## REFERENCIAS

- Bernal-Camargo D. R., & Padilla-Muñoz A. C. (2018). los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la constitución política Colombiana de 1991. *Jurídicas*, 15(1), 46 - 64. <https://doi.org/10.17151/jurid.2018.15.1.4>
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT). (2011), Tratados y Convenios Internacionales - Gestión Ambiental Sectorial, Disponible [en línea] en: <<https://goo.gl/kx8Bhn>> [consultado el 03 de abril de 2016].
- Myers, N., & Kent, J. (1995). Environmental exodus: an emergent crisis in the global arena. Climate Inst.
- Sarmiento-Erazo, J. P. (2018a). Cuando el comercio internacional se encontró con el medio ambiente, entre el soft law y la prohibición a las barreras al comercio. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11, 187-220.
- Sarmiento-Erazo, J.P. (2018b). Migración por cambio climático en Colombia: entre los refugiados medioambientales y los migrantes económicos. *Revista Jurídicas*, 15(2), 53-69. doi: 10.17151/jurid.2018.15.2.4.
- Sarmiento-Erazo, J.P. (2019), Protocolo de Montreal y el Convenio de Viena ¿un caso exitoso en Derecho Internacional de protección global del medio ambiente?, *Revista de Derecho*, 52.
- Uribe D. & Uribe E., (2021), El nuevo derecho humano a la pervivencia y sus retos frente al cambio climático. En Lealluis L. & Samaniego G. Coordinadores, Derecho y Cambio Climático, ed. Tirant lo Blanch.

# Revista *de* Derecho

TRADUCCIÓN  
TRADUCTION

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.55.340.12>

## Rawls y el derecho\*

*Rawls and Law*

RONALD DWORKIN

TRADUCCIÓN DE LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT

\* Traducción de la versión original de la conferencia impartida en el Simposio “Rawls and the Law”, Universidad Fordham (New York), el 7 de noviembre de 2003. Una versión posterior, levemente modificada, se publicó como: “Keynote Address. Rawls and The Law” en Fordham Law Review, vol. 72, n°. 5, 2004. Agradecemos al profesor Dworkin y a Erika Khalek, Managing Editor-Fordham Law Review, por sus respectivas autorizaciones para publicar esta traducción, la cual corresponde a una revisión y corrección de una versión publicada anteriormente.

## Resumen

En este ensayo pretendo analizar la relación entre Rawls y el derecho concibiendo a Rawls mismo como un filósofo del derecho y, de hecho, como jurista. Si bien Rawls no se percibió a sí mismo como filósofo del derecho, y aunque en su obra hay muchas discusiones jurídicas importantes –algunas de las cuales mencionaré– realizó sus principales contribuciones a la teoría jurídica a través de su filosofía política, porque la teoría jurídica hace parte de la filosofía política y Rawls escribió de manera abstracta sobre la disciplina en conjunto. Deseo identificar, pero también evaluar, brevemente aquellos aspectos de la teoría de la justicia de Rawls que se relacionan de forma directa con los asuntos tradicionales de la filosofía del derecho.

### PALABRAS CLAVE

Filosofía del derecho, concepto de derecho, razonamiento jurídico, constitucionalismo, verdad y objetividad.

## Abstract

I aim to talk of Rawls and law, envisioning Rawls himself as a legal philosopher and, indeed, as a lawyer. He did not suppose himself a legal philosopher, and though there are several important discussions of law in his work, some of which I will mention, he made his main contributions to legal theory through his political philosophy, because legal theory is a department of political philosophy, and Rawls wrote abstractly about the whole discipline. In these keynote remarks, I want to briefly identify, but also to evaluate, those aspects of Rawls's theory of justice that speak directly to traditional issues of jurisprudence

### KEYWORDS

Legal philosophy, concept of law, legal reasoning, constitutionalism, truth and objectivity.

## I. RAWLS COMO FILÓSOFO DEL DERECHO

Un rasgo de la grandeza de John Rawls como filósofo político lo constituye el hecho de que mi tema “Rawls y el derecho” pueda abordarse de tan diferentes maneras. Políticos en todo el mundo citan sus ideas y jueces estadounidenses, así como de otros países, recurren a su obra en sustento de sus sentencias. Podríamos entonces referirnos al impacto que ya ha ejercido sobre el derecho en diferentes países o considerar el impacto que podría tener: podríamos preguntar, por ejemplo, qué cambios recomendaría su famoso principio de diferencia en el sistema tributario o en la responsabilidad civil extracontractual en Estados Unidos. Tales cuestiones son, en efecto, algunas de las que se han estudiado<sup>1</sup>. Podríamos examinar también su impacto en otra dirección, por ejemplo, reflexionar acerca de cuán importante fue para configurar su teoría de la justicia el hecho de que Rawls viviera y trabajara en una comunidad política tan dominada por el derecho como la estadounidense y donde ciertos asuntos políticos de crucial importancia (tales como los relativos a la libertad básica y a los elementos constitucionales mínimos) son apartados de la política ordinaria y convertidos en cuestiones de interés especial de los tribunales.

En este ensayo pretendo analizar la relación entre Rawls y el derecho de una forma distinta, a saber, Rawls mismo como filósofo del derecho y, de hecho, como jurista. Si bien Rawls no se percibió a sí mismo como filósofo del derecho, y aunque en su obra hay muchas discusiones jurídicas importantes –algunas de las cuales mencionaré– realizó sus principales contribuciones a la teoría jurídica a través de su filosofía política, porque la teoría jurídica hace parte de la filosofía política y Rawls escribió de manera abstracta sobre la disciplina en conjunto. Deseo identificar, pero también evaluar, brevemente aquellos aspectos de la teoría de la justicia de Rawls que se relacionan de forma directa con los asuntos tradicionales de la filosofía del derecho.

Comenzaré enunciando algunos de ellos. Cualquier teoría jurídica general debe responder la sempiterna pregunta de qué es el derecho, la cual no obstante plantea en realidad dos cuestiones diferentes, a saber, la *metodológica*, que se pregunta ¿qué tipo de teoría proporciona una respuesta a esa pregunta? ¿Las teorías generales del derecho tienen una naturaleza descriptiva? De ser así, ¿qué es lo que describen?, ¿son parte del análisis conceptual?, y de ser así, ¿qué hace que un análisis del concepto “derecho” sea mejor que otro? ¿Son teorías políticas normativas? Y si lo son, entonces, ¿cómo una teoría sobre qué es el derecho difiere de otra sobre lo que el *debe ser*? Los

---

<sup>1</sup> En el Simposio donde se impartió esta conferencia se analizaron las contribuciones de Rawls a la teoría jurídica y al derecho constitucional desde perspectivas como: “los esenciales constitucionales del liberalismo político”, “Igual ciudadanía: género”, “Igual ciudadanía: raza y etnicidad”, “El derecho de los pueblos”, “La justicia como equidad replanteada: responsabilidad extracontractual”, “Propiedad, impuestos y justicia distributiva” y “La idea de la razón pública revisada”. El n.º. 5, vol. LXXII (2004) de *Fordham Law Review* se dedicó de forma monográfica a los materiales del Simposio [*N. del T.*].

filósofos del derecho discrepan sobre estas cuestiones metodológicas. ¿Cuál perspectiva, si es que alguna, deriva de la filosofía de Rawls?

La segunda cuestión resulta, entonces, obvia. Una vez que una teoría jurídica ha adoptado una posición sobre la cuestión metodológica, tiene que procurar responder la *sustantiva*. Considerando lo que una teoría del derecho debe ser, ¿cual de las dos es más fructífera? Durante algún tiempo las teorías jurídicas han estado divididas, tanto por sus autores como por sus críticos, en dos grandes grupos, a saber, *teorías jurídicas positivistas*, según las cuales lo que exige o permite el derecho en cualquier jurisdicción es solo una cuestión relativa a los hechos sociales, y las *teorías anti-positivistas* para las cuales lo que el derecho exige depende algunas veces, no de hechos sociales únicamente, sino también de cuestiones normativas polémicas que incluyen asuntos morales. Rawls no se adhirió explícitamente a una u otra de estas posiciones generales –hasta donde sé–, ¿pero acaso sus teorías apoyan una opción en lugar de otra?

La cuestión sustantiva suscita inevitablemente una tercera. Independientemente sea desde una teoría positivista o desde una antipositivista, los jueces enfrentan a menudo casos difíciles respecto de aquello que los abogados consideran derecho vigente pero no permite decidir, sin embargo, de forma inmediata el asunto respectivo. Los positivistas afirman que, en caso tal, un juez debe ejercer la discrecionalidad<sup>2</sup> para crear derecho. Los antipositivistas describen la misma necesidad de una forma diferente: un jurista que piense –como yo– que los jueces tienen que buscar la integridad en sus decisiones, aceptará que lo que exige la integridad será algunas veces, quizás usualmente, polémico, por lo que resulta necesario presentar nuevos argumentos. Ambas posturas, o más bien, todas las versiones de cada una, deben afrontar la cuestión de qué tipos o fuentes de argumentos son apropiados para tal responsabilidad judicial.

¿Qué tipos de razones pueden o deben ofrecer los jueces para defender sus nuevos argumentos? ¿Pueden apelar a convicciones religiosas, a sus convicciones morales personales, a sistemas filosóficos morales o escatológicos, o a consideraciones macroeconómicas? (¿sería un buen argumento

---

<sup>2</sup> El término *discretion* presenta alguna dificultad en su traducción. En su versión castellana de *The Concept of Law*, Genaro Carrió lo traduce como “discreción”, pero dado que este término significa en castellano: “1. Sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar. 2. Don de expresarse con agudeza, ingenio y oportunidad. 3. Reserva, prudencia, circunspección” (RAE), prefiero traducirlo como “discrecionalidad”, que denota –siguiendo la idea de la facultad del juez para intervenir en el proceso de creación y desarrollo del derecho– lo que se hace libre y prudencialmente o la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están necesariamente regladas. Tanto “discreción” como “*discretion*” son múltívocas, pero el español es más rico en este contexto porque admite “discrecionalidad” como “concepto disposicional” aplicable en casos en los que quien aplica la ley tiene un margen para resolver lagunas, inconsistencias, indeterminaciones, etc. “Discreción judicial” enfatizaría la habitual prudencia, tino, buen juicio, corrección, del juez, más que su libertad para aplicar esas cualidades psicológicas y morales en indefinidos casos concretos. [*N. del T.*].

para un juez sostener que está decidiendo de una manera en particular porque favorecerá al dolar en los mercados internacionales de divisas?). Estas cuestiones decisivas son relativamente ignoradas por parte de la teoría jurídica, pero Rawls desarrolló una doctrina, que denominó *razón pública*, sobre los argumentos que los funcionarios públicos pueden utilizar correctamente para justificar sus decisiones y sostuvo de manera enfática que la doctrina de la razón pública debe aplicarse con particular rigurosidad a los jueces. Debemos examinar esta doctrina. Si la encontramos insatisfactoria, como sospecho, tendremos que averiguar entonces si alguna otra parte de la teoría general de Rawls resulta más útil para definir la naturaleza del razonamiento judicial apropiado.

El cuarto asunto es particularmente apremiante para los teóricos del derecho en Estados Unidos y en otras democracias maduras donde los tribunales constitucionales tienen el poder de invalidar leyes adoptadas por legisladores elegidos por el pueblo y ante el cual rinden cuentas. ¿Este poder es consistente con principios democráticos? De no ser así, ¿resultaría injusto por dicha razón? En diversas ocasiones Rawls se refirió de forma directa a este tema, por lo que debemos considerar lo que afirmó al respecto. En los últimos desarrollos de su obra analizó una cuestión que, en muchos aspectos, es mucho más vívida e importante, la cual podríamos decir que se trata de estrategia constitucional más que de legitimidad. ¿Un tribunal constitucional debería rehusarse a decidir ciertas cuestiones (por ejemplo, sobre el aborto o el suicidio asistido) porque su país no está preparado para afrontar una decisión judicial sobre el tema? ¿El tribunal debe hacerse a un lado para permitir que la política ordinaria disminuya la división social sobre cuestiones como estas y quizás posibilite un compromiso más aceptable para el conjunto de la comunidad? Varios académicos jurídicos prominentes han respaldado esta sugerencia y Rawls consideró “buenos” sus argumentos. Debemos examinar por qué los consideró así.

Finalmente, me gustaría aludir a un asunto aparentemente mucho más abstracto. ¿Las afirmaciones polémicas sobre lo que exige el derecho pueden ser objetivamente verdaderas, en lugar que solo subjetivamente? Este asunto no preocupa a los abogados ni a los jueces en su práctica cotidiana pero tiene, sin embargo, una considerable importancia práctica porque muchos aspectos de la política jurídica y cívica giran en torno al mismo, incluyendo si una norma jurídica realmente difiere de una norma impuesta por alguien con poder; si tiene sentido suponer que tenemos una obligación moral general de obedecer el derecho y si es realmente legítima la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes promulgadas por el poder legislativo. De hecho, algunas teorías jurídicas se han edificado sobre el supuesto de que la práctica jurídica es esencialmente subjetiva, como por ejemplo, el influyente movimiento denominado Realismo Jurídico Estadounidense, que en nuestro tiempo se transformó en los incandescentes pero fugaces Estudios Críticos del Derecho. Rawls se ocupó en extenso de la verdad y la objetividad, algunas veces de forma inconclusa e incluso obscura, pero gran parte de lo que mereció su análisis resulta fructífero cuando los abogados se ocupan de estas cuestiones más explícitamente filosóficas.

## II. LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Supongamos por un momento, como hacen casi todos los juristas, que una proposición sobre derechos y deberes jurídicos puede ser verdadera. De ser así, entonces, una teoría del derecho debe decirnos bajo qué circunstancias tal proposición es verdadera. ¿Qué puede convertir en verdadero, por ejemplo, que el límite de velocidad aquí sea de 55 millas por hora, que Microsoft haya violado las leyes antimonopolio o que la discriminación positiva es inconstitucional? Los filósofos del derecho defienden teorías generales del derecho que intentan responder dicha cuestión. Los positivistas jurídicos afirman que una proposición jurídica solo puede ser verdadera a partir de hechos sociales, por ejemplo, sobre lo que ha establecido el poder legislativo o sobre lo que ha decidido un juez en algún caso anterior. Más adelante diré algo sobre el valor de esta perspectiva, pero debemos considerar primero unas preguntas previas: ¿Qué clase de afirmación están realizando los positivistas? ¿Qué podría hacer que *su* afirmación sobre las condiciones de verdad del derecho fuera verdadera en sí misma?

Muchos filósofos del derecho consideran que sus teorías jurídicas son teorías descriptivas acerca de las prácticas sociales o convenciones que la mayoría de juristas respaldan al realizar, defender y juzgar las proposiciones de derecho. Naturalmente, los juristas discrepan a menudo sobre cuáles proposiciones jurídicas son verdaderas y cuáles falsas. Discrepan, por ejemplo, sobre la situación jurídica de una mujer que sufrió efectos colaterales por un medicamento que su madre había tomado desde hace muchos años, pero que no puede identificar la empresa farmacéutica puntual que fabricó las píldoras que ingirió su madre en un tiempo en particular, porque dichas píldoras fueron fabricadas por varias empresas y ella ignora de quién provenían las que tomó y cuándo lo hizo<sup>3</sup>. ¿Está legalmente facultada para recibir una indemnización por daños y perjuicios por parte de todas las empresas que fabricaban el medicamento en proporción a su respectiva cuota de mercado? Pero estos filósofos del derecho suponen que si este tipo de desacuerdo es genuino, los juristas deben, en consecuencia, estar aun de acuerdo en una cuestión más básica: en el criterio correcto para decidir si una proposición de derecho es verdadera, ya que de otra manera –si diferentes juristas usan diferentes criterios– estarían simplemente hablando sobre cosas distintas. Si esa suposición es correcta, entonces una teoría filosófica del derecho debería tener el propósito de describir dicho acuerdo de base. Debe precisarnos qué es el derecho mediante una explicación de qué criterios utilizan en efecto los juristas para identificar ciertas proposiciones jurídicas como verdaderas o razonables.

Desde esta perspectiva la filosofía del derecho se entiende mejor como un ejercicio descriptivo: es un ejercicio de sociología jurídica. Pero resulta, de hecho, extremadamente difícil presentar alguna teoría general del derecho si la consideramos como descriptiva de dicha forma. Consideremos

<sup>3</sup> *Sindell vs Abbott Labs.*, 607 P. 2d 924, 936-38 (Cal. 1980).

la versión del positivismo jurídico desarrollada por H. L. A. Hart<sup>4</sup>, quien abogó por lo que denominó la tesis de las “fuentes”, en virtud de la cual, fundamentalmente, las proposiciones jurídicas son verdaderas cuando, pero solo cuando, pueden inferirse de decisiones explícitas tomadas por instituciones jurídicas, tales como el poder legislativo, que están autorizadas por convención para tomar tales decisiones (Hart, 1994, p. vii). Si un jurista puede mostrar que se sigue de algo que el legislativo ha expresado, que la mujer del ejemplo anterior está legalmente facultada para recibir una indemnización por daños respecto a la cuota de mercado de las farmacéuticas, entonces el jurista habrá mostrado que, en efecto, estaba facultada. Si esa proposición, no obstante, no se sigue de algo que alguna institución autorizada ha expresado o realizado, entonces no es verdadera.

En un *postscriptum* publicado póstumamente a su libro *The Concept of Law*, Hart reiteró que esta tesis de las fuentes es puramente descriptiva (Hart, 1994, p. vii). Resulta un misterio en qué sentido podría considerarse descriptiva. Hart no tuvo la intención, tal como insistió, de que fuera una descripción de cómo se expresan los juristas o cómo utilizan el concepto “derecho”. Claramente no hace parte del significado mismo de “derecho” que el derecho solo pueda ser válido en virtud de una promulgación positiva. Tampoco podría haberla considerado una descripción de lo aceptado por todos los juristas como perteneciente al concepto mismo de derecho, tal como aceptamos que al concepto “soltero” pertenece el que los solteros no están casados. Los juristas discrepan sobre si la tesis de las fuentes es correcta. Quienes piensan que la mujer de nuestro ejemplo tiene un derecho legalmente reconocido a recibir una indemnización por daños y perjuicios respecto a la cuota de mercado de las farmacéuticas, rechazan rotundamente la tesis de las fuentes porque ninguna institución ha establecido tal responsabilidad antes de que los creativos juristas<sup>5</sup> argumentaran a su favor. Si estos juristas están equivocados, su error es legal, mas no conceptual. Por la misma razón, tampoco Hart podría haber entendido su tesis de las fuentes como la hipótesis sociológica que sostienen los juristas en todas partes, en realidad, de que el derecho está de su lado solo cuando se satisface la tesis de las fuentes. Esa hipótesis, también, es falsa claramente.

¿Cómo debemos entender, entonces, una teoría del derecho como la que sustenta la tesis de las fuentes? Rawls se refirió de manera directa a esa cuestión mediante un ejemplo –a través de su análisis del concepto de justicia. No supuso que todos los que comparten y utilizan el concepto de justicia comparten también alguna comprensión sustancial de fondo acerca de qué hace justa o injusta a una institución. Por el contrario, insistió que las personas tienen concepciones de justicia radicalmente diferentes. Reconoció que comparten alguna comprensión muy abstracta que las hace a todas concepciones de justicia en vez de concepciones de algún otro tipo. Pero esta comprensión compartida es extremadamente débil y vacía de contenido real. Lo que posibilita desacuerdos sobre temas de justi-

<sup>4</sup> Consúltese puntualmente Hart (1994, p. vii).

<sup>5</sup> A estos juristas les inspiró la idea de la “responsabilidad por cuota de mercado” el artículo de un estudiante publicado por la *Fordham Law Review*, la cual coincidentalmente patrocina este Simposio. Véase Sheiner (1978).



cia es que las personas concuerdan bastante en ciertas circunstancias o ejemplos –todos concuerdan en la injusticia de la esclavitud y de la explotación salarial, y así por el estilo–. De este modo, Rawls recomienda que los filósofos dedicados a cuestiones de justicia se comprometan con la empresa interpretativa que consiste en procurar alcanzar un *equilibrio reflexivo*. Procuramos crear principios con algún grado de alcance general y ajustarlos a los juicios concretos que teníamos al principio sobre lo que es justo e injusto, variando nuestras perspectivas, bien sea sobre los principios o sobre los juicios concretos, o ambos, como sea necesario para lograr un ajuste interpretativo.

Este ejercicio interpretativo puede replantearse como un método para la filosofía jurídica. Podemos identificar lo que sucede en apariencia sin afirmar que hace parte de nuestro derecho (el límite de velocidad, el código tributario, las normas comunes que se utilizan a diario en el derecho de propiedad, contractual, y así por el estilo, con lo que todos estamos familiarizados). Podríamos decir que estos son ejemplos paradigmáticos del derecho. Y luego construiríamos el otro polo para lograr un equilibrio interpretativo puesto que compartimos un ideal abstracto capaz de desempeñar el mismo rol en la teoría jurídica que el concepto de justicia desempeñó para Rawls. Este es el concepto de derecho (aunque en algunas ocasiones cuando enfatizamos su naturaleza política lo describimos de otra forma, como el concepto de legalidad o como la idea del Estado de derecho). Podemos entonces tratar de proveer una concepción de legalidad adecuada, es decir, una concepción de legalidad que equilibre nuestros diversos supuestos preanalíticos sobre proposiciones jurídicas concretas, con los principios generales de moralidad política que parezcan explicar mejor la naturaleza y el valor de la legalidad. De esa forma podemos incorporar una teoría de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas a una concepción valiosa y más amplia que encontremos conveniente. Una teoría positivista del derecho ofrecerá una tesis sobre las condiciones de verdad de tales proposiciones, tal como la tesis de las fuentes, que está sustentada por una concepción positivista de la legalidad que, a su vez, está sustentada por una adecuada teoría de la justicia más general. Este diseño interpretativo proporciona la mejor forma de entender los argumentos de los principales filósofos del derecho. Así entendida, la filosofía jurídica es descriptiva en cierta forma porque empieza con alguna idea acerca de lo que está dado por sentado dentro de la comunidad a la cual está dirigida, pero también es sustantiva y normativa de otras formas porque procura alcanzar un equilibrio con principios valorados por sus atributos independientes. Así, la obra de Rawls es, desde sus inicios, una importante contribución a la propia comprensión de la filosofía jurídica.

### III. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Enfoquémonos ahora en el aspecto sustantivo de una sempiterna cuestión. ¿Cuál, entre las comprensiones del derecho existentes actualmente (positivista o alguna otra) es más exitosa como concepción del concepto de legalidad? Para derivar las implicaciones de las ideas de Rawls sobre esta cuestión, podemos incorporarla en su construcción imaginaria de la justicia como equidad. Supongan que a los representantes en la “posición original” que describió, se les pida elegir, ade-

más de los principios generales de justicia, una concepción de legalidad (Rawls, 1999a, pp. 15-19). Para facilitarles la tarea, se les ofrecen solo dos opciones: pueden elegir entre una explicación simplificada y positivista de la legalidad, la cual especifica que los jueces utilizan un criterio particular para establecer las proposiciones jurídicas verdaderas, o una explicación simplificada interpretativista y no positivista.

Desde la explicación positivista y simple, los jueces aplican normas establecidas por el poder legislativo, siempre y cuando tales normas no sean ambiguas o puedan precisarse al consultar la historia legislativa y otras fuentes ordinarias de la iniciativa legislativa. Pero cuando, tal como suele suceder, las normas establecidas e interpretadas solo de esa forma resultan insuficientes para decidir el caso concreto, los jueces deberían anunciar, en consecuencia, que el derecho no proporciona respuesta alguna y, entonces, legislar ellos mismos para llenar la laguna creada. Deben legislar, sin embargo, de forma modesta y marginal, pensando cómo legislaría el parlamento ahora en el poder si afrontara la misma cuestión. Es decir, los jueces deben hacer lo que piensen que el parlamento respectivo habría hecho. Desde la explicación contraria, el interpretativismo simple, los jueces deben aplicar las normas establecidas por el poder legislativo, interpretadas de la misma forma, pero cuando se enfrenten con un supuesto vacío, no deben intentar legislar como haría el Congreso, sino que, al contrario, deben procurar identificar los principios de equidad o de justicia que justifiquen de mejor forma el derecho de la comunidad en conjunto y aplicar esos principios al nuevo caso.

Supongamos ahora que, contrario a la suposición de Rawls, los representantes hubieran establecido una concepción utilitarista de la justicia amplia y general. Pensarían entonces que tienen fuertes argumentos para elegir la concepción jurídica positivista simplificada, en lugar de la concepción no positivista simplificada. La razón es que hay una fuerte afinidad entre una concepción utilitarista de la justicia y una concepción positivista de la legalidad: no es accidental que los dos fundadores del positivismo jurídico moderno, Bentham y Austin, fueran archiutilitaristas. Como señaló Bentham, una legislación utilitarista razonable tiene que organizarse y dirigirse desde una sola fuente: el mejor programa para maximizar la utilidad es un programa integrado en el cual las distintas leyes y políticas puedan modificarse y coordinarse de forma tal que produzcan el máximo nivel posible de utilidad general<sup>6</sup>. El legislativo es la mejor institución para alcanzar ese nivel máximo de utilidad porque puede contemplar toda la arquitectura del derecho y la política, y debido también a que su composición y sus procedimientos de elección conducen a proporcionar información acerca de la mezcla de preferencias existentes en la comunidad, la cual resulta indispensable para realizar cálculos de las compensaciones necesarias para alcanzar la máxima utilidad agregada. Los jueces son esenciales para aplicar caso por caso las normas diseñadas para

---

<sup>6</sup> Véase en general Bentham (1879).

maximizar la utilidad a lo largo del tiempo, pero deben ser arquitectos de la política tan poco como sea posible, porque ello multiplicaría la ineficiencia. Así, se les debería decir que cuando el *dictum* del legislador haya dejado de establecer una decisión, declaren que no hay ley que controle sus decisiones que provenga de cualquiera otra fuente. Deben anunciar la existencia de una laguna para integrarla tan mesuradamente como sea posible, como subalternos de sus jefes políticos, en el espíritu de lo que ellos harían, procediendo, como estableció el archipositivista y utilitarista Oliver Wendell Holmes, de lo molar a lo molecular<sup>7</sup>.

Esta es la argumentación a favor del positivismo desde la perspectiva utilitarista, pero desde la misma perspectiva también puede darse una correspondiente argumentación negativa en contra del interpretativismo: sostener que es irracional. Para los utilitaristas, los principios morales y políticos son simplemente reglas generales para alcanzar la máxima utilidad a largo plazo, y perseguir una coherencia de principio, por sí misma, no tendría ningún valor independiente y, en cambio, podría ocasionar daño. Con certeza se sirve mejor a la utilidad al concentrarse solo en el futuro sin una mirada retrospectiva a la integridad con el pasado, excepto cuando sea en sí mismo estratégicamente sensato hacerlo.

Ahora supongan, sin embargo, que los representantes en la posición original eligen como Rawls supone que lo harían. Rechazan el utilitarismo en favor de los dos principios de justicia, uno de los cuales otorga prioridad a ciertas libertades básicas y el otro procura proteger la posición del grupo peor situado en la sociedad. También les parecería natural entonces escoger el interpretativismo sobre el positivismo porque el interpretativismo resultaría una mejor apuesta para alcanzar la justicia a largo plazo, tanto en pequeña como en gran escala. Los dos principios requieren implementarse en sucesivos niveles de detalle. Requieren primero una etapa constitucional durante la cual las instituciones se diseñan para que sea más probable que produzcan los resultados que demandan los dos principios básicos. Luego, en la que Rawls denomina la etapa legislativa, estos principios requieren que tales instituciones tomen decisiones más precisas sobre leyes y políticas orientadas por principios de justicia más específicos al servicio de los principios básicos. Quienes otorgan una prioridad lexicográfica a la igual libertad, y en consecuencia, una prioridad ulterior a la protección de la posición del grupo peor situado, serán particularmente sensibles ante la eventualidad de una demora en esta etapa legislativa. Les preocupará que un parlamento dependiente de la aprobación mayoritaria reciba una gran presión para promover los intereses de algunos grupos a expensas de otros. Se sentirán atraídos, por tanto, a la idea de una rama judicial con poderes y responsabilidades independientes y a la idea del control judicial de una constitución escrita<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Véase *So. Pac. Co. vs. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (voto disidente de Holmes) (“Reconozco sin vacilación que los jueces legislan y tienen que hacerlo, pero pueden hacerlo solo intersticialmente; están limitados a moverse de lo molar a lo molecular”).

<sup>8</sup> Más adelante discutiré las implicaciones de los argumentos de Rawls sobre este punto. Véase *infra* parte V.

También se sentirán atraídos, no obstante, por la idea de que los jueces deben ejercer asimismo una supervisión menos potente, pero aun importante, sobre la aplicación y el desarrollo del derecho más cotidiano creado por el legislativo. Y también por la idea subsiguiente de que deberían ejercer ese poder en el sentido de la igualdad ante el derecho, es decir, al insistir en que, en tanto lo permita una doctrina razonable de la supremacía legislativa, cualesquiera sean los principios en la base de lo que la legislatura ha hecho para algunos grupos, esté disponible en general para todos. Tendrán esa poderosa razón para favorecer una concepción interpretativista del derecho que estima que las personas tienen derechos legalmente reconocidos no solo a aquello que las instituciones legislativas han señalado específicamente, sino también a la elaboración de tales normas con base en principios. La coherencia es la mejor protección contra la discriminación. Esta es, después de todo, la premisa de la cláusula de igual protección de la enmienda decimocuarta de la Constitución estadounidense.

Rawls no esgrimió este argumento a favor del interpretativismo, de hecho, hasta donde soy consciente, no planteó ningún argumento explícito a favor de ninguna concepción del derecho. Sin embargo, respaldó explícitamente el principio que, como afirmé, apoya el interpretativismo y lo defendió en el desarrollo de una discusión sobre la legalidad o el Estado de derecho. Permítanme citarlo:

El precepto de que decisiones similares deben otorgarse en casos similares, restringe significativamente la discrecionalidad de los jueces y de otras autoridades. El precepto los fuerza a justificar las distinciones que hacen entre personas haciendo referencia a las normas y a los principios jurídicos relevantes. En cualquier caso particular, si las normas son claramente complicadas y requieren interpretación, podría ser fácil justificar una decisión arbitraria. Pero en tanto el número de casos aumente, se vuelve más difícil construirle justificaciones plausibles a juicios arbitrarios. La exigencia de consistencia se aplica, por supuesto, a la interpretación de todas las normas y a las justificaciones en todos los niveles. (Rawls, 1999a, p. 209)

Nótese el énfasis que pone Rawls en la complejidad como una restricción en sí misma y su insistencia en que la consistencia, como dice, se aplica a “todas las normas (...) en todos los niveles” (Rawls, 1999a, p. 209). Los ciudadanos están mejor protegidos de la arbitrariedad y la discriminación cuando los jueces que interpretan el derecho y lo crean en los casos difíciles son responsables de la coherencia de principio –no simplemente con una u otra doctrina particular, sino en tanto como sea posible alcanzarla– con toda la estructura del derecho.

Podría objetarse ahora que a pesar de la afinidad histórica que mencioné, un positivista no tiene que ser utilitarista. Podemos suponer, en cambio, un juez positivista no utilitarista y dispuesto, en casos en los que se supone que tiene un margen de discrecionalidad, a adoptar la norma que considere que mejor se corresponda con la justicia en alguna otra concepción. ¿Por qué quienes eligieron los dos principios de justicia de Rawls en la posición original no deberían elegir también dicha caracterización de la función judicial? ¿Por qué no es esa una mejor opción sobre la base de

lo que Rawls denomina justicia procedimental imperfecta? Pero esta sugerencia ignora tanto el hecho de que los jueces discreparán a menudo sobre lo que es la justicia, incluso si su único objetivo es alcanzarla, como el que podrían ser influenciados por ideas preconcebidas, prejuicios u otros enemigos de la justicia imparcial.

Cuando las personas eligen una concepción del derecho no tienen ninguna razón para pensar que una decisión en su propio caso reflejará mejor la justicia –en cualquiera de sus concepciones– si los jueces son libres de ignorar la coherencia de principio con lo que han hecho otros funcionarios y jueces, respecto de si se les pide respetar la coherencia de principio. Podrían pensar perfectamente que se protegen a sí mismos mejor contra la arbitrariedad o la discriminación si no instruyen a los jueces para hacer justicia siguiendo su propio criterio sino que, en vez de ello, procuran disciplinar a los jueces insistiendo en que deben hacer cuanto puedan para respetar la consistencia de principio tal como la perciben. Este es, como afirmé, el supuesto de la cláusula de igual protección<sup>9</sup>.

#### IV. LAS RESTRICCIONES AL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Me enfoco ahora en una cuestión más específica que deben enfrentar todas las concepciones del derecho pero que resulta particularmente difícil para algunas. ¿Cómo deben razonar los jueces en los casos difíciles? Desde el simple conjunto de doctrinas del positivismo y utilitarismo que describí, los jueces deben esgrimir nuevos argumentos para integrar las lagunas jurídicas, pero dicho conjunto prescribe también cuál debe ser la naturaleza de ese razonamiento judicial. Sostiene que los jueces deben tratar de hacer aquello que el legislativo hubiera hecho. El interpretativismo, así como otras teorías jurídicas, también supone que los jueces deben esgrimir nuevos argumentos de moralidad política en los casos difíciles: los invita a buscar un equilibrio interpretativo entre la estructura jurídica como un todo y los principios generales que justifiquen mejor dicha estructura. Este es de hecho el método tradicional del *Common Law*, como sostuve en otro lugar<sup>10</sup>. ¿Pero existen restricciones al tipo de principios que pueden aducir los jueces para lograr este equilibrio interpretativo, es decir, en la justificación del historial del derecho como un todo?

<sup>9</sup> No quiero decir que los argumentos a favor del interpretativismo que he extraído de Rawls se ajusten a mis propios argumentos a favor de dicha concepción. Pretendo solo mostrar la relevancia del trabajo de Rawls sobre esta cuestión central de la filosofía del derecho. Pero al menos en una interpretación de la estructura básica del argumento de Rawls desde la posición original, sus argumentos no están de hecho muy alejados de los míos. Creo que la integridad expresa la perspectiva correcta de la igual ciudadanía: los principios que se aplican a una persona tienen que aplicarse a las otras a menos que las instituciones competentes lo hayan establecido claramente de otra manera. Desde mi perspectiva alguna noción de igualdad de este tipo proporciona al menos parte del conjunto de ideas que el heurístico recurso de la posición original se entiende mejor para modelar e implementar. Sin embargo, en la nota al pie de página 19 de su artículo, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, Rawls considera y rechaza mi interpretación. Véase Rawls (1999b, pp. 388, 400, n.19).

<sup>10</sup> Véase en general Dworkin (1986, pp. 276-312).

A los jueces sin duda les parecería equivocado esgrimir cierto tipo de argumentos. No podrían apelar a sus intereses personales o a los intereses de algún grupo con el cual tengan relación. Esta restricción obvia parece formar parte de la idea misma de justificación. ¿Pero pueden invocar sus convicciones religiosas, si sostuvieran alguna, o las doctrinas de su iglesia, si pertenecen a alguna? Después de todo, algunos jueces piensan, desde su convicción más profunda, que la religión proporciona la justificación más convincente, o quizás incluso la única justificación verdadera, de la moralidad política y, por lo tanto, que proporciona la justificación más convincente o la única verdadera de las decisiones jurídicas previas. En Estados Unidos podría pensarse que los argumentos religiosos están excluidos del razonamiento judicial por la Primera Enmienda. ¿Pero qué sucede en otros lugares?, en países, por ejemplo, como el Reino Unido o Israel, donde hay una religión oficial. Si incluso allí la religión también es un fundamento inamisible para las decisiones judiciales, ¿esto significa que hay una restricción *ad hoc* para el caso de la religión? ¿O se sigue, como solo un caso restrictivo más, de algún principio más general de moralidad política? ¿Qué decir sobre argumentos de filosofía moral, por ejemplo? ¿Un juez puede apelar correctamente en sus decisiones a las doctrinas filosóficas de Immanuel Kant o John Stuart Mill? ¿O apelar, como algunos jueces estadounidenses han hecho, a los escritos filosóficos de John Rawls?<sup>11</sup>. ¿Un juez puede apelar a la política macroeconómica o puede decidir que un principio es el que mejor justifica la estructura jurídica en su integridad porque seguirlo ayudará a controlar la inflación o a promover el ahorro?

La doctrina de Rawls de la *razón pública* define precisamente los tipos de argumentos admisibles para los funcionarios públicos en una comunidad políticamente liberal e insiste en que la doctrina se aplica con particular rigor a los jueces. Sin embargo, encuentro la doctrina de la razón pública difícil de definir y defender. Trataré de resumir las dificultades que encuentro. Hay dos formas de establecer qué exige la doctrina. La primera, y más básica, apela a la importante idea de la reciprocidad. La doctrina permite solo aquellas justificaciones que todos los miembros razonables de una comunidad política pueden aceptar razonablemente. La segunda resulta presumiblemente de ese criterio más básico. La razón pública exige a los funcionarios ofrecer justificaciones basadas en los valores políticos de la comunidad y no en doctrinas religiosas, morales o filosóficas comprensivas. La doctrina, por lo tanto, exige que los jueces eviten doctrinas religiosas, morales o filosóficas polémicas al buscar una justificación de la estructura del derecho.

Aun así no observo qué es lo que excluye la doctrina de la reciprocidad. Si considero que una posición moral particular y controversial es claramente correcta (por ejemplo, que los individuos deberían ha-

---

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, *Uhl vs. Thoroughbred Tech. and Telecomms., Inc.*, 309 F.3d 978, 985 (7<sup>th</sup> Cir. 2002) (el cual se refiere al “velo de ignorancia” rawlsiano de *A Theory of Justice*); *Goetz vs. Crosson*, 967 F.2d 29, 39 (2d Cir. 1992) (cita *A Theory of Justice*); *Memphis Dev. Found. vs. Factors Etc., Inc.*, 616 F.2d 956, 959 (6<sup>th</sup> Cir. 1980) (cita igualmente *A Theory of Justice*); *W. Addition Cmty. Org. vs. NLRB*, 485 F.2d 917,938 (D.C. Cir. 1973) (cita igualmente *A Theory of Justice*).



cerse cargo de sus propias vidas y asumir la responsabilidad económica de los errores que cometan), entonces ¿cómo puedo dejar de creer que otras personas en mi comunidad pueden aceptar razonablemente la misma perspectiva, sin importar que sea probable que lleguen a aceptarla? Quizá Rawls quiere decir que los jueces no deberían apelar a ideas que algunos ciudadanos razonables podrían no aceptar sin abandonar sus convicciones de cierta clase –sus convicciones *X*. Pero parece que no tenemos base alguna para estipular cuáles son esas convicciones *X*. Acepto que las convicciones religiosas son especiales por varias razones. Definitivamente, alguien que cree que a la verdad religiosa solo se puede acceder mediante la gracia divina o algún otro acceso privilegiado, no puede sostener que todos los ciudadanos razonables acogerían razonablemente sus propias convicciones religiosas. Pero Rawls no ofrece ninguna razón para pensar que el criterio de la reciprocidad excluye cualesquiera convicciones razonables más allá de las convicciones religiosas.

Tengo asimismo grandes dificultades con la distinción entre valores políticos, por una parte, y convicciones morales comprensivas, por otra. La propia concepción de Rawls de la justicia como equidad depende de manera crítica de lo que parecen ser posiciones morales polémicas. El principio de diferencia, por ejemplo, se crea y defiende en equilibrio reflexivo a partir de un conjunto de supuestos, incluyendo aquellos sobre la irrelevancia moral fundamental del esfuerzo o la responsabilidad: si el arreglo que mejor maximiza la posición del grupo peor situado resulta recompensar a los holgazanes, no habría objeción. Rawls defiende esta conclusión al suponer que el esfuerzo está influenciado por los talentos<sup>12</sup>. Así es en realidad, pero no se agota en los talentos, y la cuestión de cómo se va a lograr la interacción entre ambos parece una cuestión combinada de psicología y moralidad, justo del tipo que divide a diferentes perspectivas morales comprensivas sobre la responsabilidad personal. La posición de Rawls es ciertamente polémica en nuestra comunidad y algunas personas la rechazan en favor de una teoría de la justicia distributiva que dependa más de la responsabilidad personal.

A mi juicio, estas dificultades se confirman con los ejemplos que otorga Rawls de la idea de la razón pública en funcionamiento. En varias ocasiones discute sobre la polémica del aborto, aunque en cada caso solo de forma muy breve. La discusión que plantea asume que la cuestión acerca de si un feto en las primeras etapas de gestación tiene derechos e intereses por sí mismo, incluyendo el derecho a la vida, pertenece más a una posición moral, religiosa o filosófica comprensiva, y no es determinada por ningún valor político propio de una comunidad liberal. Pero ¿cómo podemos adoptar una posición acerca de si las mujeres estadounidenses tienen un derecho constitucional al aborto? (¿La Corte Suprema cómo podría decidir *Roe vs. Wade*<sup>13</sup> o *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*<sup>14</sup>) sin tomar alguna posición sobre esa cuestión comprensiva?) Pare-

<sup>12</sup> Véase Rawls (1999a p. 274).

<sup>13</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>14</sup> 505 U.S. 833 (1992).

ce no haber aquí una posición por defecto. La perspectiva según la cual un feto no tiene derechos ni intereses propios se extrae de una posición comprensiva, así como la perspectiva contraria, y no podemos llegar a una decisión sobre el aborto sin adoptar alguna de estas dos perspectivas. La cláusula de igual protección se aplica a todas las personas y cualquier argumento de que una mujer tiene el derecho constitucional al aborto durante el primer trimestre de embarazo, tiene que rechazar, dentro del significado de dicha cláusula, la idea de que un feto es una “persona”<sup>15</sup>.

Dudo entonces que la doctrina de la razón pública de Rawls pueda ayudarnos mucho para estructurar una concepción de la legalidad y la decisión judicial. Tenemos que observar hacia otra parte. Desde mi perspectiva, podemos encontrar las restricciones necesarias al razonamiento judicial en la concepción del derecho que, afirmé, sugieren los argumentos generales de Rawls: el interpretativismo. Si aceptamos una concepción interpretativista no necesitamos una doctrina adicional, como la doctrina global de la razón pública. En las sociedades liberales los jueces no pueden apelar a fines o convicciones religiosas, porque tales convicciones no pueden hacer parte de una justificación comprensiva general de la estructura jurídica de una comunidad pluralista, liberal y tolerante. Esta restricción interpretativa, sin embargo, no puede excluir las convicciones morales como algo diferente de las religiosas. Los jueces al interpretar una serie de casos de responsabilidad civil extracontractual pueden apelar a la teoría de la justicia de Rawls como fundamento para rechazar una interpretación utilitarista de decisiones y doctrinas pasadas en favor de una interpretación basada más firmemente en una concepción de la igualdad<sup>16</sup>.

Un punto adicional: en su discusión de la razón pública Rawls insiste que, en ningún caso, los jueces pueden apelar a sus convicciones morales personales. Esto resulta obviamente correcto si significa que un juez no puede argumentar que una justificación del derecho vigente es superior porque resulta que él piensa así. La biografía intelectual de un juez no es un argumento jurídico. Ahora bien, si significa que un juez en sus fallos no puede otorgarle ningún espacio a opiniones morales polémicas porque estaría entonces citando opiniones morales que considera correctas, mientras que otros pueden no considerarlo así, entonces Rawls está planteando una exigencia imposible de cumplir. En comunidades plurales y complejas los jueces no pueden, desde ninguna

---

<sup>15</sup> Algunos filósofos consideran que se puede defender un derecho moral al aborto incluso si asumimos que un feto es una persona, porque incluso considerando tal supuesto una mujer no tiene la responsabilidad moral de continuar con las cargas del embarazo. Para una discusión de este planteamiento, véase mi libro *Life's Dominion* (Dworkin, 1994, pp. 102-117). Pero incluso si aceptamos esa perspectiva no se sigue que un derecho constitucional al aborto se pueda defender de esa forma. Si un Estado puede correctamente tratar un feto como una persona, también puede tratarlo constitucionalmente como la persona hacia quien una mujer tiene una especial responsabilidad que excluye la posibilidad de poder optar por realizarse un aborto.

<sup>16</sup> Véase Dworkin (1986, pp. 276-312).



concepción del derecho –positivista o interpretativista–, liberarse de sus responsabilidades institucionales sin depender de convicciones morales polémicas<sup>17</sup>.

## V. CONSTITUCIONALISMO

En virtud del control judicial de constitucionalidad los jueces tienen el poder de anular normas proclamadas por el legislativo y otras instituciones representativas porque vulneran garantías constitucionales de los derechos individuales. Se dice a menudo que esta institución es antidemocrática porque les permite a unos pocos juristas, no elegidos por el pueblo y que prácticamente no pueden ser despedidos, invalidar los veredictos ponderados de los representantes electos. Rawls mismo hizo referencia a este clásico reclamo en varias ocasiones. Dejó claro, primero, que conforme a su concepción de la justicia como equidad las diferentes instituciones que construye una comunidad en lo que denomina la etapa constitucional, a la luz de los principios de justicia elegidos tras el velo de ignorancia, se eligen en el espíritu de la justicia procedimental perfecta en lugar que en el espíritu de la justicia procedimental pura. Es decir, se eligen considerando los resultados. Los principios de justicia establecen las libertades básicas y su prioridad, y la cuestión a decidirse en la etapa constitucional es de naturaleza instrumental: ¿Qué esquema de instituciones es más adecuado para proteger tales libertades?

Por supuesto, entre las libertades iguales que las instituciones se diseñan para proteger se encuentran las libertades políticas, las cuales incluyen el derecho a votar y a participar en política. Pero, como dice Rawls en *Justice as Fairness: A Restatement*, estas y otras libertades básicas se conciben a sí mismas como cuasi-instrumentales (Rawls, 2001, p. 112). Se justifican por ser esenciales para el desarrollo y el ejercicio de las dos facultades morales fundamentales, es decir, la facultad de formar y actuar según un sentido de justicia, y la de formar y actuar según una concepción del bien. Esto significa, según entiendo, que aunque las personas tengan un derecho básico a procedimientos ampliamente democráticos –porque tener amplios derechos al voto y a participar en política es clara e ineludiblemente necesario para desarrollar estas facultades morales–, las personas no tienen un derecho básico a ejercer alguna forma particular de democracia, y por lo tanto, ningún derecho básico a que las instituciones democráticas sigan algún diseño determinado o tengan alguna jurisdicción específica. La cuestión es, más bien, qué estructura y jurisdicción parlamentarias presentan las mejores posibilidades para asegurar los otros mandatos o resultados deseados.

Así, nada en la concepción general de la justicia como equidad de Rawls respalda la así llamada objeción “mayoritaria” al control judicial de constitucionalidad en su forma más amplia. Pero esta teoría deja un espacio, en la etapa constitucional de construcción, para una objeción más limita-

<sup>17</sup> Véase Dworkin, (2003, p. 83).

da: que, de hecho, la estructura estadounidense del constitucionalismo y la revisión judicial no puede justificarse de manera instrumental, que las libertades básicas, incluyendo las libertades políticas, serían garantizadas de mejor manera por algún otro arreglo, que podría ser la soberanía parlamentaria pura o un diseño mixto como el del Reino Unido después de la promulgación de la Ley de Derechos Humanos, que faculta al parlamento a legislar en violación de los derechos que la Ley especifica si expresa claramente su intención de hacerlo. Aunque Rawls no planteó nada parecido a una defensa detallada basada en los resultados del modelo estadounidense frente a tales rivales que propugnaban por una posición mayoritarista, esgrimió varios argumentos que parecen apoyar, a grandes rasgos, el modelo estadounidense. Distingue, por ejemplo, entre la soberanía parlamentaria y la popular, y afirma que el modelo estadounidense es consistente con la soberanía popular. Ese modelo promueve las facultades morales básicas de las personas, dice, porque las personas en general no solo han apoyado la Constitución original sino que también han suscitado y supervisado sus desarrollos más importantes desde entonces, en el período de la Reconstrucción, por ejemplo, y en el *New Deal* (en esa perspectiva sigue, como afirma, los argumentos de Bruce Ackerman<sup>18</sup>). De otro lado, destaca otra manera como el constitucionalismo y el control judicial contribuyen, en vez de limitan, al desarrollo de las dos facultades morales. Rawls afirma que el hecho de que la Corte Suprema actúe como un foro de principios promueve y enfoca la discusión política pública de cuestiones morales centrales (Rawls, 1996).

Ahora puedo pasar a una cuestión diferente que mencioné anteriormente: no la legitimidad del control judicial sino su estrategia apropiada de implementación. A la Corte Suprema se le presiona a menudo para que reconozca un derecho constitucional concreto que no ha sido reconocido antes y cuya posición (*standing*) como derecho permanece en gran parte en disputa entre personas razonables. Si la Corte reconoce y hace cumplir el nuevo derecho, su decisión recibirá protestas masivamente y su propia posición y legitimidad podrían ponerse en entredicho. La Corte enfrentó esa situación en *Brown vs. Board of Education*<sup>19</sup> y en otros casos tempranos de discriminación racial en la década de 1950. Lo enfrentó en los casos sobre rezar en las escuelas, sobre el aborto empezando con *Roe vs. Wade*<sup>20</sup> y en los casos más recientes sobre el suicidio asistido para enfermos terminales.

Se ha argumentado ampliamente que en tales situaciones la Corte debería rehusarse a reconocer el nuevo derecho para permitir que el proceso político tenga más tiempo para considerar los méritos del asunto mediante la política y las decisiones locales, que pueden variar entre los Estados, así que podrían proporcionar un tipo de experimentación en lo que el magistrado Brandeis denominó “laboratorios de los distintos estados”<sup>21</sup>. Podría hacerlo en algunos casos mediante su política

<sup>18</sup> Véase Ackerman (1991).

<sup>19</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>20</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>21</sup> Véase *New State Ice Co. vs. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932). En su voto disidente, Lois Brandeis sostuvo que

de selección de casos para revisión [*Certiorari policy*]<sup>22</sup> o declinando seleccionar el caso que se le solicita decidir sobre cuestiones básicas de derechos individuales, porque considera más sensato permitir que tales asuntos se filtren más en la política. En la mayoría de esos casos, sin embargo, uno o varios tribunales inferiores se habrán ya pronunciado sobre el asunto, de forma tal que se le exige a la Corte Suprema decidir si la Constitución confiere el derecho reclamado. En este caso la estrategia pasiva o cautelosa que describí requeriría que la Corte sostuviera que el polémico derecho alegado no existía, como lo sostuvo, por ejemplo, en los casos sobre el suicidio asistido<sup>23</sup>.

Rawls mismo exhortó a la Corte Suprema a reconocer un derecho limitado al suicidio asistido: suscribió un memorial, un *amicus curiae*, instando por tal decisión<sup>24</sup>. Pero luego afirmó que el argumento de la cautela es lo que denominaría un “buen” argumento para la decisión que la Corte tomó contra su consejo. También lo consideró un “buen” argumento contra la decisión de la Corte en 1973 que reconoce un derecho limitado al aborto en *Roe vs. Wade*, lo cual, por supuesto, no significa que lo considerara finalmente un argumento persuasivo (Rawls, 1999c, pp. 616, 618). Sin embargo, me parece que hay un argumento directo y poderoso, e incluso demoledor, contra la perspectiva cautelosa. En estos polémicos casos un demandante o un grupo de demandantes reclaman que alguna ley o práctica les niega sus libertades básicas y, por lo tanto, ofende el primer principio de justicia, que en la justicia como equidad prima sobre todo lo demás, incluyendo presumiblemente la paz y la tranquilidad civiles. Claro que cualquier juez podría no considerar que la ley o la práctica impugnada niega una libertad básica. Pero tenemos que asumir que el magistrado Rawls estaría convencido por el argumento que él mismo propuso, por ejemplo, en el Memorial de los Filósofos (*Philosophers’ Brief*). Podemos observar fácilmente cómo un utilitarista que se declare a sí mismo pragmatista podría sentirse atraído por el argumento de la cautela. ¿Pero por qué debería estarlo Rawls? ¿Por qué debería pensar que el argumento de la cautela es incluso un “buen” argumento?

---

“Es uno de los acontecimientos felices del sistema federal que un solo Estado con coraje puede, si sus ciudadanos deciden hacerlo, servir como un laboratorio; y ensayar nuevos experimentos sociales y económicos sin riesgo para el resto del país”.

<sup>22</sup> En Estados Unidos *Certiorari* es una de las formas como la Corte Suprema puede llegar a revisar una sentencia proferida por un tribunal de apelaciones o por una corte suprema estatal. En virtud de un *writ of certiorari* se le ordena a un tribunal de inferior jerarquía enviar el expediente de un caso y la sentencia correspondiente a la Corte Suprema. La Corte Suprema usa este recurso para seleccionar la mayoría de casos sobre los que falla confirmando, revocando o modificando la decisión de un tribunal o de una autoridad de inferior jerarquía. Es entonces un procedimiento de revisión judicial. *Certiorari* proviene del latín *certioro, certiorare*, y significa “ser informado acerca de algo”. Es una abreviatura de *Certiorari volumus*, que significa “deseamos informarnos” [*N. del T.*].

<sup>23</sup> *Vacco vs. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) y *Washington vs. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

<sup>24</sup> *Brief of Amici Curiae*, Ronald Dworkin et al., *Glucksberg* (nº. 95-1858, pp. 96- 110). Disponible en: 1996 WL 708956. Además de Rawls, el informe fue suscrito por Thomas Nagel, Thomas Scanlon, Robert Nozick, Judith J. Thomson y por mí.

Una respuesta podría ser epistémica. Quizá Rawls consideró defendible que un magistrado de la Corte Suprema, reconociendo las temibles “cargas de la razón”, debería aceptar que su propio juicio podría tener puntos débiles o que el proceso político podría establecer con posterioridad un compromiso diferente que fuese ampliamente aceptado y que, de llegar a obtenerse, constituiría una explicación más precisa o razonable de la libertad básica en cuestión respecto de la que pudiera concebir por adelantado una mayoría de magistrados. Hay, sin embargo, varias dificultades obvias en esta respuesta y podemos presentarlas usando una vez más como ejemplo la cuestión del aborto.

En primer lugar, parece improbable que un compromiso no divisivo se hubiera alcanzado pronto en la política estadounidense. Los europeos, en general, han establecido una posición que, con formalidades superficiales, permite el aborto libre<sup>25</sup>. Esto no ha generado allí una continua controversia porque Europa no está plagada de movimientos religiosos fundamentalistas o de alguna sensibilidad fundamentalista seria. En Estados Unidos, por el contrario, sí estamos plagados, como quedó demostrado una vez más por la prohibición legislativa al así llamado “aborto por nacimiento parcial”<sup>26</sup>. La única solución que calmaría la agresiva objeción de los fundamentalistas en Estados Unidos sería un severo régimen antiabortista, lo cual sería intolerable para los movimientos feministas que pueden ser casi igualmente combativos. En segundo lugar, incluso si políticamente se llegara a un compromiso que probara ser razonablemente aceptable para todos, no habría razón alguna para pensar que este compromiso habría identificado de forma más exacta o razonable las libertades básicas en cuestión. Por el contrario, independientemente de la perspectiva que uno adopte de tales libertades básicas, parece probable, más bien, que un compromiso implicaría injusticia para algunos. Supongamos, por ejemplo, que la mayoría de personas dejan de oponerse a las leyes antiaborto en sus propios Estados, pero solo porque las mujeres que deseaban abortar podían viajar a un Estado cercano donde el aborto fuese legal. Esto negaría el igual valor de la libertad a las personas muy pobres como para costearse los gastos del viaje.

¿Rawls podría haber pensado que una libertad básica al aborto, al suicidio asistido o a una escuela libre de la obligación de rezar son asuntos indeterminados? De ser así, creería que hay buenas razones para dejar tales asuntos a la política, porque la política es superior a la decisión judicial cuando la justicia procedimental-cuasi-pura es lo único que podemos obtener. Pero es sumamente inverosímil que Rawls pensara que asuntos como estos son indeterminables, porque él mismo tomó posiciones sobre varios de ellos. Ni tampoco podría suponer de manera consistente (como han hecho varios académicos) que la política Estado-por-Estado es un mejor medio que la decisión judicial para desarrollar las diversas virtudes públicas que reconoció. Su argumento de que las decisiones judiciales de

<sup>25</sup> Para una discusión exhaustiva del estatus de las leyes sobre el aborto en Europa, véase *Inter-Departmental Working Group on Abortion, Gov't of Ir.*, Green Paper on Abortion 3.02. Disponible en <http://www.taoiseach.gov.ie/index.asp?docID=238> (visitado por última vez el 14 de abril de 2004).

<sup>26</sup> Pub. L. n°. 108-105, § 3(a), 117 Stat. 1206 (2003).

la Corte Suprema estimulan el desarrollo de las dos facultades morales, parece aplicarse de forma tan absoluta a los casos divisivos como a los menos dramáticos, de hecho, incluso más.

¿Podría haber apelado a la virtud de civilidad argumentando que es preferible no tomar decisiones que parecerán profundamente ofensivas a algunos ciudadanos? Pero estas decisiones parecerán igualmente ofensivas a la parte derrotada si las legislaturas, en lugar de las cortes, fueran quienes las impusieran. En cualquier caso, este tipo de civilidad está dirigida hacia un mero *modus vivendi*, el cual Rawls rechazó por inadecuado, en vez de algo hacia lo que uno podría defender en principio. Sería diferente si la autoridad de la Corte Suprema o del arreglo constitucional como un todo estuviera en realidad en juego, en cuyo caso entenderíamos que sería sensato un consejo de cautela, toda vez que es preferible ignorar los derechos de unas pocas personas que sacrificar el sistema que protege los derechos de todos a largo plazo. Pero, claro está, esa no es la situación. Contrario a las preocupaciones del magistrado Frankfurter, la autoridad de la Corte sobrevivió a *Brown vs. Board of Education* y a los casos sobre las relaciones entre miembros de las razas negra y blanca<sup>27</sup>, así como también ha sobrevivido a *Roe vs. Wade* y a las decisiones sobre la oración en las escuelas<sup>28</sup>. Podría haber sobrevivido al decidir por un derecho limitado al suicidio asistido. En realidad, estoy tentado a pensar que al sobrevivir a la vergüenza de *Bush vs. Gore*<sup>29</sup> puede sobrevivir a casi todo.

## VI. VERDAD Y OBJETIVIDAD

Quiero finalmente subrayar, aunque de forma muy breve, al último aspecto de las perspectivas de Rawls que señalé como particularmente importantes para la teoría jurídica. Una objeción frecuente a lo que se celebra y reconoce del Estado de derecho consiste en afirmar que los juicios de naturaleza jurídica, en particular en los casos difíciles, no pueden ser descripciones de ninguna verdad objetiva, sino que expresan simplemente el estado psicológico de aprobación o desaprobación del hablante. Esta es una conocida perspectiva escéptica sobre la moral y otras esferas de los valores, pero resulta de particular importancia práctica para el derecho porque se piensa que proporciona un argumento substantivo en diversos tipos de controversias, por ejemplo, sobre si las personas tienen un deber moral de obedecer el derecho o si es defendible el control judicial de constitucionalidad de la legislación mayoritaria.

En *Political Liberalism* Rawls identificó una concepción de la objetividad que consideró adecuada para los juicios políticos y gran parte de lo que sostuvo se extiende también a los juicios polémicos de naturaleza jurídica. Insistió en que la objetividad, cómo la definió, no depende de ningún supuesto en virtud del cual el razonamiento político o jurídico sea una especie de percepción, es

<sup>27</sup> *Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) y *McLaughlin vs. Florida*, 379 U.S. 184 (1964).

<sup>28</sup> *Sch. Dist. of Abington Township, Pa. vs. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) y *Engel vs. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

<sup>29</sup> 531 U.S. 98 (2000).

decir, que un juicio político o jurídico puede ser objetivamente verdadero solo cuando la creencia de que es verdadero resulta de la situación que describe. Los hechos jurídicos no están en ninguna relación causal con el sistema nervioso central de los juristas. ¿Pero por qué debería seguirse que una proposición jurídica controvertida –que los fabricantes de un peligroso medicamento son legalmente responsables por perjuicios en proporción a su participación en el mercado, por ejemplo– no puede ser objetivamente verdadera? Que una proposición reclame verdad objetiva depende de su contenido. Reclama verdad objetiva si afirma que su verdad es independiente de las creencias o preferencias de cualquiera: que los fabricantes serían responsables, en el estado actual del derecho, incluso si los juristas no lo consideraran así. Esto es todo lo que significa el reclamo de objetividad. Que tenga éxito o no dependerá de los argumentos jurídicos que podamos esgrimir a su favor, es decir, de nuestras razones para pensar que los fabricantes aun serían responsables aun cuando los juristas no lo pensarán así. Si creemos que son buenas nuestras razones para pensar eso, entonces también tenemos que pensar que la proposición según la cual los fabricantes son responsables es objetivamente verdadera.

La objetividad así entendida no depende de ningún supuesto metafísico, popular entre algunos de los así llamados realistas morales, para quienes una proposición puede ser objetivamente verdadera solo si, además de las razones sustantivas que podamos ofrecer para aceptarla, esta tiene también un fundamento en algún tipo de realidad que va más allá de esas razones. Están equivocados: las razones sustantivas son suficientes, aunque no deben ser razones aisladas. Nuestros argumentos para sustentar la objetividad son suficientes solo si resultan suficientemente sistemáticos y examinados mutua y recíprocamente. Rawls planteó este punto crucial de la siguiente forma:

El constructivismo político no busca algo para determinar la razonabilidad de la afirmación de que la esclavitud es injusta, como si su razonabilidad necesitara algún tipo de fundamento. Podemos aceptar provisionalmente, aunque con confianza, ciertos juicios bien ponderados como puntos fijos, sobre lo que aceptamos como hechos básicos, tal como que la esclavitud es injusta. Pero tenemos una concepción política completamente filosófica solo cuando tales hechos se articulan conjuntamente, y de forma coherente, con conceptos y principios que nos parecen aceptables tras la debida reflexión. (Rawls, 1996, p. 124)

No concuerdo con toda la discusión que plantea Rawls sobre la objetividad. De hecho, considero que alguna parte de ella ha mostrado ser innecesaria e injustificada, como su perspectiva de que no podemos reclamar objetividad apropiadamente para un campo determinado a menos que podamos explicar sin una petición de principio qué consideramos errado en tal campo. Pero recomiendo su discusión general de la objetividad a los juristas que busquen entender sobre qué versan en realidad sus argumentos.



## VII. CONFESIÓN

Algunos habrán notado una cierta afinidad entre las posiciones teórico-jurídicas que he afirmado que respaldan los argumentos de Rawls y aquellas que yo mismo he intentado defender, y podrían pensar que esto no es accidental. Así que les ofrezco una confesión, pero sin una excusa. La obra de los íconos filosóficos es lo suficientemente rica como para permitir apropiaciones particulares a través de la interpretación. Cada uno de nosotros tiene su propio Immanuel Kant y desde ahora lucharemos, cada uno de nosotros, por la bendición de John Rawls. Y con muy buenas razones. Después de tantos libros, notas al pie de página y discusiones maravillosas suscitadas por su obra, apenas estamos empezando a captar todo lo que tenemos que aprender de ese hombre.

## REFERENCIAS

- Ackerman, B. (1991). *We The People*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bentham, J. (ed. or., 1879). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Varias ediciones.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1994). *Life's Dominion*, Vintage Books.
- Dworkin, R. (2003), "Un Pontificat Laïc", en: Robert Badinter - Stephen Breyer (eds.), *Les Entretiens de Provence: Le Juge Dans la Société Contemporaine*. Paris: Fayard.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. (2ª ed.). Oxford University Press.
- Inter-Departmental Working Group on Abortion, Gov't of Ir.*, Green Paper on Abortion 3.02. Disponible en: <http://www.taoiseach.gov.ie/index.asp?docID=238> (visitado por última vez de 14 de abril de 2004).
- Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999a). *A Theory of Justice* (ed. rev.). Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999b). "Justice as Fairness: Political Not Metaphysical", en: *John Rawls: Collected Papers*. (Samuel Freeman, ed.). Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999c). "Commonweal Interview with John Rawls", en: *John Rawls: Collected Papers*. (Samuel Freeman, ed.). Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. (Erin Kelly, ed.). Cambridge: Harvard University Press.
- Sheiner, N. (1978). "Comment, *DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability*", en: 46 *Fordham Law Review* 963.

### Sentencias judiciales e informes ante la Corte Suprema

- So. Pac. Co. vs. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (voto disidente de Holmes).
- New State Ice Co. vs. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932).

*Engel vs. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

*Sch. Dist. of Abington Township, Pa. vs. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

*McLaughlin vs. Florida*, 379 U.S. 184 (1964).

*Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

*W. Addition Cmty. Org. vs. NLRB*, 485 F. 2d 917,938 (D.C. Cir. 1973).

*Memphis Dev. Found. vs. Factors Etc., Inc.*, 616 F.2d 956, 959 (6<sup>th</sup> Cir. 1980).

*Sindell vs. Abbott Labs.*, 607 P.2d 924, 936-38 (Cal. 1980).

*Goetz vs. Crosson*, 967 F.2d 29, 39 (2d Cir. 1992).

*Vacco vs. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

*Washington vs. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

*Uhl vs. Thoroughbred Tech. and Telecomms., Inc.*, 309 F.3d 978, 985 (7<sup>th</sup> Cir. 2002).

Pub. L. n°. 108-105, § 3(a), 117 Stat. 1206 (2003).

*Brief of Amici Curiae*, Ronald Dworkin et al., *Glucksberg* (n°. 95-1858, pp. 96- 110). Disponible en: 1996 WL 708956.



# Fundamentos filosófico-políticos para la enseñanza de la asignatura constitución política\*

*Philosophical and Political Basics to Teach  
a Political Constitution Course*

RAFAEL GONZALO ANGARITA CÁCERES

Filósofo (2007), magíster en Filosofía (2011), doctor en Filosofía (2021).  
Profesor Escuela de Filosofía, Universidad Industrial de Santander (UIS).  
Carrera 27 calle 9, barrio la Universidad, Bucaramanga, Colombia.  
[rgangari@uis.edu.co](mailto:rgangari@uis.edu.co)

\* Este texto constituye uno de los resultados del proyecto de articulación de la investigación y la extensión con la docencia titulado *Fundamentos filosófico-políticos de la Constitución Política de 1991*, financiado por la Vicerrectoría de Investigación y Extensión de la Universidad Industrial de Santander y orientado hacia la transformación curricular de la asignatura Constitución Política. El proyecto se halla inscrito en el SIVIE bajo el código 264.

## Resumen

La propuesta de articulación de la investigación y de la extensión con la docencia titulada *Fundamentos filosófico-políticos de la Constitución Política de 1991* involucra los contenidos curriculares para la asignatura de pregrado denominada Constitución Política. El estudio de estos contenidos direcciona a la propuesta hacia dos ejes nodales: los temas y contenidos de la Constitución Política y las habilidades, disposiciones y valores cívicos requeridos para realizar una vivencia efectiva de la Constitución y de la democracia. En este sentido, la propuesta tiene por objeto la construcción de una alternativa pedagógica postulada desde la filosofía con un carácter crítico-social direccionada a lograr que los estudiantes de pregrado generen espacios de aprendizaje, de reflexión y de acción sobre los contenidos filosófico-políticos de las realidades social, política, cultural y económica que los acompañan y sobre las habilidades cívicas o ciudadanas requeridas para la cabal comprensión y realización de los postulados que sustentan la Constitución.

### PALABRAS CLAVE

Enseñanza, filosofía, política, Constitución, habilidades cívicas.

## Abstract

Philosophical and political basics of the Colombian Political Constitution-1991 is a proposal articulating research and classroom implementation, it also comprises curricular content linked with the undergraduate course Political Constitution. The study of both the proposal and course has two nodes: the topics and contents of the political constitution; and the skills, attitude, and civic values required to achieve an effective coexistence between the constitution and democracy.

In that sense, the proposal aims at constructing a pedagogical alternative from the point of view of philosophy with a critical thinking approach, in order to provide undergraduate students learning opportunities for reflection and action about their social, political, cultural, and economic reality, as well as to make them mull over those civic skills required to understand and accomplish the ideals that fund the constitution.

### KEYWORDS

Teaching, philosophy, politics, Constitution, civic skills.

## I. INTRODUCCIÓN

Diversos enfoques tanto de investigaciones académicas (Cárdenas y Steiner, 1998) como periódicas han concluido en señalar que los principales problemas del país consisten en la inoperancia del sistema educativo, en la desarticulación social, en la falta de confianza y credibilidad de las comunidades en las instituciones, en la inexistencia de políticas públicas eficaces, en la distorsión del propio carácter de lo público, en la marcada y evidente exclusión social, en la debilidad e inaplicabilidad del sistema jurisdiccional, en el clientelismo como única forma de hacer política y en la corrupción generalizada. Esta problemática es ubicada tanto a nivel general del país como a nivel particular, en gobernaciones y municipios (Fescol & Idea International, 2012).

Al parecer, una de las medidas eficaces para cambiar o, por lo menos, para llevar a cabo un análisis de este desolador panorama, lo constituye una formación que ponga énfasis en el estudio, desarrollo y aplicación de la Constitución Política de 1991. Quizá por ello, el mismo constituyente estableció en el artículo 41 de la Carta superior de derechos la obligatoriedad del estudio de la Constitución en los centros académicos:

En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución.

Como desarrollo de este contenido, el artículo 128 de la Ley 30 de 1992, por la que se organiza el servicio público de la educación superior, establece:

En todas las instituciones de educación superior, estatales u oficiales, privadas y de economía solidaria, serán obligatorios el estudio de la Constitución Política y la instrucción cívica en un curso de por lo menos un semestre. Así mismo se promoverán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana.

Tanto la norma constitucional como la legal enfatizan en que el estudio de la constitución está unido a la formación en valores cívicos a partir de prácticas democráticas y, por tanto, pedagógicas (Hernández y Garavito, 2018). Propuesta que se replica en las directrices de centros educativos. Así, por ejemplo, la Universidad Industrial de Santander (centro educativo en el que se desarrolla el proyecto de articulación para la transformación de la asignatura Constitución Política) ha propuesto una misión institucional que se sustenta, desarrolla y orienta en principios democráticos, en la reflexión crítica, en el libre ejercicio de la cátedra, en el trabajo multidisciplinar y en la relación con el mundo externo. Así, desde el punto de vista de la misión institucional, la universidad, en ejercicio de su carácter de universalidad y en desarrollo de sus postulados sociales y democráticos, se postula ante ella y ante la sociedad como una institución que divulga y defiende

los principios, valores y compromisos mínimos, necesarios para el normal desenvolvimiento de la vida en una sociedad democrática.

En el marco tanto de esta preocupación académica, periodística y social como del compromiso institucional de la UIS, la Escuela de Filosofía ha diseñado una serie de contenidos curriculares de formación para los estudiantes matriculados en el programa de Filosofía y que se expresan en las diferentes asignaturas del área de filosofía y teoría política correspondientes a las épocas antigua, medieval, moderna y contemporánea. Esta formación académica que compromete al estudiante de filosofía desde su ingreso a la carrera con un ejercicio serio y meditado tanto de la reflexión crítica como de la acción responsable, se constata en su compromiso con la universidad y con el país, en su capacidad para promover el sentido de responsabilidad inherente al *ethos* universitario, en la capacidad de asumir su vocación filosófica en la conciencia de que la filosofía es un proceso de autoformación que debe ser despertado en los demás, tal y como se indica en el Proyecto Educativo del Programa de Filosofía aprobado por la Escuela.

De acuerdo con lo resaltado en los contenidos constitucional, legal, misional de la Universidad y curriculares del programa de Filosofía, se plantea esta propuesta de formación en Constitución Política desde la filosofía. Esta conjunción entre la filosofía y la Constitución ni es apresurada ni es arbitraria, corresponde, por el contrario, a una relación que se expresa en la eclosión y en el desarrollo de lo constitucional y de la constitución como resultados y presupuestos del ejercicio filosófico (Arboleda y Jiménez, 2016). En efecto, tal y como lo señala José Mateos Martínez (2012), “El concepto de Constitución está intrínsecamente unido a la filosofía jurídica y política desde el momento en que encuentra en ellas los valores e ideales que llevaron a su surgimiento, así como los que hoy inspiran su contenido (...)” (p. 5).

La propuesta, siguiendo lo preceptuado en las normas jurídicas nacionales, se estructura en dos ejes temáticos. En el primero de ellos se acude a un examen de los contenidos filosóficos que sustentan las instituciones, conceptos y nociones postulados en la Constitución de 1991. En el segundo nivel se asiste a la base filosófica que hace posible lo que esta propuesta ha denominado habilidades o virtudes cívicas. Con todo, se hace necesario indicar que se ha procedido a realizar esa división en dos ejes temáticos con fines meramente expositivos. En su ejecución, por el contrario, no están separados, en muchos casos resultan concomitantes y, en otros, las virtudes cívicas se convierten en *conditio sine qua non* para aprehender los contenidos curriculares del primer eje. Estas habilidades cívicas, por lo demás, constituyen, también, uno de los conceptos postulados por la misma Constitución. De acuerdo con lo anterior, están incluidos en el primer eje temático. Con lo anterior, se insiste, lo que se pretende es indicar la íntima relación entre los dos ejes temáticos mencionados.

## II. ANTECEDENTES Y TRANSFORMACIÓN DE LA ASIGNATURA

La asignatura Constitución Política corresponde a un contenido curricular obligatorio para todos los planes de estudio de los diferentes programas académicos ofrecidos por la universidad y por los diversos centros académicos, tal y como se desprende de la normatividad citada en la introducción del texto. Actualmente, la asignatura se dicta con un perfil direccionado hacia la práctica de acciones constitucionales y legales de carácter personal y colectivo que, en casos hipotéticos y reales, se adelantan ante instituciones estatales o ante entes privados (en el evento de que ofrezcan servicios públicos o cuando sus actuaciones hagan presumible la lesión de algún derecho individual o colectivo consagrado en la Constitución o en las leyes). De acuerdo con lo anterior, se considera esencial que el estudiante sepa redactar derechos y acciones personales y públicos, tales como derechos de petición, acciones de tutela y *habeas corpus*.

El enfoque de la asignatura, aunque necesario y entendible desde la perspectiva de aplicación a una sociedad como la colombiana, en la que continuamente se denuncia el irrespeto a los derechos fundamentales y sociales (cuestión que, lejos de parecer un estigma sustentado en juicios de valor, constituye el panorama presentado a diario tanto por los distintos medios de comunicación nacionales y extranjeros como por instituciones gubernamentales y no gubernamentales). Esta perspectiva de estudio y de enseñanza resulta, a modo de ver de la reflexión aquí emprendida, bastante más que limitada; pues no lleva a cabo una comprensión de la fundamentación filosófica y política de la Constitución. Una comprensión que dé cuenta, entre otras cosas, de la importancia de poseer una Constitución, del tipo de Constitución que tiene Colombia, del tipo de Estado contemplado en este ordenamiento y de las diversas teorías filosóficas que sirven de base tanto a la Constitución como a las clases de derechos y de obligaciones que instituye para la persona y para la sociedad, entre otros temas de interés.

Una reflexión así emprendida hará que la enseñanza de la Constitución, por un lado, esté obligada a realizar una consulta teórica de las distintas formas de organización estatal y de las constituciones que les corresponden. Este aspecto permitirá realizar una comprensión cabal tanto de las razones históricas, filosóficas y jurídicas que fundan la actual Constitución Política de Colombia como de los principios que la sustentan. Una vez logrado el acercamiento teórico a la Constitución, es necesario hacer presente y desarrollar, por otra parte, las habilidades cívicas que facultan a cada persona no solo como ciudadano poseedor de derechos y obligaciones, sino como persona dispuesta a exigir y a hacer valer las diversas prerrogativas y compromisos indicados en la Constitución y en las leyes para todo aquel que pretenda ejercer activamente el rol de ciudadano. Con todo, ese primer acercamiento conceptual a las instituciones, conceptos y nociones de la Constitución es postulado por esta propuesta no solo como necesario (tal y como se desprende de la redacción), sino ya como una virtud cívica requerida para una vivencia efectiva de la Constitución.

Los dos ejes indicados se desarrollarán mediante una serie de estrategias de enseñanza y aprendizaje. Por ello, la totalidad del trabajo pedagógico está direccionado a estimular e implementar la construcción social del conocimiento a través de la discusión de las tesis propuestas para cada sesión, el debate grupal, la formulación de situaciones problemáticas, el estudio específico de casos, el cómic (Aguirre y Villamizar, 2016), el cine y talleres de aplicación, entre otras. Esta serie de estrategias pedagógicas implicarán, de igual modo, unas renovadas concepciones de la responsabilidad personal y social (Mendoza y González, 2016), de la participación política y social (López y Hernández, 2017), de la solución dialógica a los problemas, del desarrollo personal y comunitario y de la utilización de lo público, entre otros.

### III. LA CONSTITUCIÓN COMO CONCEPTO

La primera institución y el primer concepto, en la materia propuesta por este texto, que ha tratado la filosofía política y jurídica es, precisamente, el de la constitución. ¿Qué constituye lo esencial o lo accesoria de una constitución?, ¿qué construcción legal o social permite indicar que se posee o no una constitución?, ¿qué formas de organización social requiere una constitución?, ¿cuál es la relación entre las formas de Estado y de gobierno con la constitución? Estos interrogantes se revelan y se proponen como eminentemente filosóficos. No obstante lo señalado, se hace necesario estar en guardia frente a cualquier tipo de anacronismo que situaría la reflexión filosófica por la institución y el concepto de constitución en la Grecia Antigua, con Platón y Aristóteles, toda vez que las preguntas atinentes a la mejor forma de gobernar y a la mejor forma de organización social parecen rastrearse en textos como *República*, *Leyes*, *Política* o *La Constitución de Atenas*, por solo citar algunas.

Así, por ejemplo, podría pensarse, a partir del título de la última obra citada: *La Constitución de Atenas*, que Aristóteles (1948) se constituye en el precursor e inspirador de la eclosión y del desarrollo del concepto y de la institución de la constitución. Quizá esta creencia se sustente en que el descubrimiento y la posterior publicación de lo que se conoció como *El papiro de Londres* se sitúan en la última década del siglo XIX (Aristóteles, 1948, p. 5). Pero, con un somero acercamiento a la obra, se vislumbra claramente que el objeto del estagirita en el texto está dirigido a realizar un registro descriptivo de la organización política ateniense. Más que señalar un punto de partida para el concepto moderno de Constitución, el texto pone sobre la mesa una relación entre historia y filosofía. Con todo, para hacer frente a cualquier tipo de anacronismo se propone asistir a una historia conceptual rigurosa (Mesa, 2017). Esta perspectiva de estudio permite establecer, en la especificidad de este análisis, que la institución y el concepto de constitución corresponden a una construcción de la modernidad.

No obstante lo relacionado en el párrafo anterior, la apuesta anacrónica puede rastrearse, incluso, en textos académicos. Así, por ejemplo, Olano (2006, p.139) indica que el concepto de constitución manejado por la Corte Constitucional de Colombia corresponde a una derivación directa de la filosofía de Aristóteles. Ofrece, como prueba de lo anterior, en primer lugar, la mención de dos

sentencias: la C-536 de 1998, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, y la Sentencia C-560 de 1999, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz. La segunda prueba está constituida por lo que allí se indica como una cita de Aristóteles, según la cual, la Constitución:

configura y ordena los poderes del estado por ella construidos, y que por otra parte, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad.

Al revisar los textos, se pudo constatar que las sentencias relacionadas sí existen y se corresponde plenamente con los datos indicados. Pero en ninguna de las dos se cita o menciona a Aristóteles, y menos aún se indica que la Corte toma como propia alguna definición de Constitución suministrada por el estagirita. La cita que se indica como segunda prueba aparece relacionada en el numeral 2 de la Sentencia C-560 de 1999, dedicado a la supremacía constitucional. Pero esta cita no corresponde a Aristóteles, sino a Eduardo García Enterría en un libro titulado *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Una vez establecido que el anacronismo es obra de Olano y no de la Corte Constitucional, resulta más que curioso observar que tan solo una página antes (138), el autor fecha el inicio de las constituciones en 1789 con la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Una vez aclarado lo anterior, es decir, que con la institución y el concepto de constitución nos situamos en la época moderna, se hace necesario indicar que ni la institución ni el concepto de constitución son homogéneos, sino que, por el contrario, presentan muchos matices y enfrentamientos que se explican, en la mayoría de los casos, por las diferentes escuelas y direccionamientos políticos y de acción política que los han sometido tanto a la reflexión teórica como a la práctica. En lo que sigue se indicarán dos de esas muchas variedades: la denominada concepto formal y la así llamada concepto material. De lo que se trata, es, entonces, como se había dicho, de determinar, a modo de ejemplo, qué teorías filosóficas están en la base de cada una de los desarrollos teóricos.

La conceptualización formal de la constitución hace referencia, en un primerísimo lugar, al cumplimiento de un canon para que un determinado texto puede ser considerado como constitución. La medida se restringe al cumplimiento de una serie de requisitos formales (de ahí su nombre) centrados, básicamente, en tres momentos específicos: creación, funcionamiento y modificación. El planteamiento de las tesis formales, desde los presupuestos del proyecto de articulación del que es resultado este escrito, obliga a que se plantee, por lo menos, el siguiente interrogante: ¿cuál es o cuáles son las teorías filosóficas y políticas que dan sustento a esa noción de las tesis formales de la constitución?

La pregunta formulada exige realizar una mirada retrospectiva al positivismo. Este movimiento intelectual se sitúa en el siglo XIX como una apuesta contra la metafísica para abordar el conocimiento desde la científicidad y con un pensador de referencia: Comte. Junto a él se suele ubicar a Saint-Simon y a Mill. Incluso, se hacen esfuerzos por situar antecedentes en Hume y en Bacon



(Kremer-Marietti, 1997, p.11). Con todo, estas referencias no resultan desacertadas, toda vez que hay una cierta defensa, por parte del positivismo, de concepciones y planteamientos presentados por Hume y por Bacon. Planteamientos que incluso cobran vigencia en defensas contemporáneas del positivismo (Moya, 1998). Centrados en el positivismo y con el objeto de precisar tanto su sentido como sus características, se hace necesario señalar que se trata de "(...) un movimiento decimonónico caracterizado, desde Comte, por la defensa del empirismo y [del] fenomenismo, la separación entre hechos y valores, por la confianza en la idea de progreso y por la fe en la unidad fundamental del método de las ciencias" (Moya, 1998, p.17).

En la dirección señalada, para esta escuela, la constitución corresponde, en primer, lugar a una norma fundamental y superior dirigida a delinear la forma de Estado y de gobierno que deba darse un determinado grupo humano, a demarcar las competencias de los diferentes estamentos del Estado y, finalmente, a instituir los derechos y obligaciones de los ciudadanos (Mateos, 2012, p. 6). El carácter formal en el que se inscribe el positivismo se da, ante todo, por el reconocimiento de una norma superior, la constitución, que se encarga de otorgar fundamento y validez a un sistema jurídico. En este sentido, la constitución se postula desde la semántica del término: constituye el sistema jurídico, en la medida en que se postula como su parte fundamental, la norma de normas. Pero, además de que lo compone, lo forma, lo instituye, marca las relaciones de jerarquía de las diferentes normas e instituciones que crea.

Este carácter formal parece situarse y complacerse en la escrupulosidad del cumplimiento de una serie de requerimientos tanto para la aprobación del texto constitucional como para verificar la existencia y funcionamiento de cada una de las instituciones y conceptos creados y contenidos en la misma constitución. De tal modo que, desde esta perspectiva, el texto constitucional se torna en un escrito caracterizado por su rigidez y por la severidad de su contenido, en razón de la importancia de las temáticas que compila en cada uno de sus apartados. En esta concepción, lo procedimental se postula como lo que requiere ser observado y cumplido con escrupulosidad.

Al realizar un examen del positivismo, pareciera que la relación con las tesis formales se explica, básicamente, por la sustitución operada en la investigación de las causas por la formulación de leyes. Al abandonar la posibilidad de la causa, lo que se afirma es la imposibilidad de establecer el modo en un que un determinado fenómeno podría tener ocasión. Pero este abandono no es fruto de capricho alguno, sino que se debe a que, desde la concepción de Comte (1996), determinar la causa resulta absolutamente inaccesible, en la medida en que parece postularse, en términos kantianos, como una suerte de *noúmeno*. Dada esta imposibilidad, la actividad del pensamiento exige que se lleve a cabo una pesquisa por lo "fenoménico" que tenga como fruto el establecimiento de leyes. Para el tema objeto de este pequeño apartado (la constitución), esas leyes están constituidas por las características formales que hacen que un determinado texto adquiera la calidad de norma superior de derechos, de constitución.



Las tesis conocidas como materiales (en la medida en que no consideran esencial al aspecto formal de la constitución, sino que dirigen su atención y ubican la importancia de la norma fundamental en el contenido del texto) son localizadas en los orígenes mismos del constitucionalismo, más concretamente en las primeras constituciones liberales (Mateos, 2012, p. 6). Este es un recorrido que se fecha, a menudo (Mateos, 2012, p.7; Carbonell, 2000, p. 24; Olano, 2006, p. 138), desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. En efecto, en el artículo 16 del texto francés se inscriben las condiciones mínimas que debe cumplir una constitución para que sea reconocida como tal: separación de poderes y garantía de derechos. Lo consignado en esta norma delimita, de modo considerable, los textos que pretenden adquirir la categoría de constitucionales. Esa calidad, se circunscribe, también, de modo exclusivo, a formas democráticas de organización política.

Este primer avistamiento de las tesis materiales del concepto de constitución hace que la reflexión se dirija hacia el liberalismo, pues, como se dijo hace un momento, las tesis materiales son localizadas en las primeras constituciones liberales. Habrá que indicar que el liberalismo no corresponde a un desarrollo exclusivo del pensamiento filosófico, también opera en lo económico, lo político, lo social y lo jurídico. Esta corriente realiza una defensa acérrima de una tradición individualista iniciada por el proceso legislativo inglés (Dino, 2010, p.18). La consideración del individualismo acabará en una exaltación de la libertad. Aquí se constata que la persona resulta mucho más importante que cualquier apelación a las colectividades. De este aspecto se hace posible destacar, por lo menos, dos consideraciones. En primer lugar, el matiz económico se acentúa en el ejercicio eficaz de una libertad de iniciativa económica. En todos los ámbitos de actuación del individuo se deja ver, en segundo término, lo postulado por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en lo relacionado con la garantía de una serie de mínimos derechos para el ejercicio de la ciudadanía, prerrogativa precedida por un equilibrio de poderes en el Estado.

Lo resaltado sobre los diversos ámbitos de ejercicio en los que actúa el liberalismo en la configuración del concepto moderno de constitución hace que se tenga en cuenta que la constitución no es una categoría aislada, se encuentra directamente relacionada con otros desarrollos teóricos e institucionales. De acuerdo con lo indicado, el estudio de la constitución, y en los términos de este proyecto de articulación, exige que se le examine de modo concomitante con categorías tales como Estado y gobierno, junto a sus diversas formas. En efecto, se hace necesario trasladar las características ofrecidas por el citado artículo 16 a las diversas formas de Estado y de gobierno conocidas por Occidente, con el objeto de vislumbrar si cumplen, y de qué forma lo hacen, con estos requerimientos primarios.

Una de los mecanismos idóneos, desde el punto de vista filosófico y político, para estudiar formas de Estado consiste en examinar diversas teorías contractualistas de la modernidad. El estudio en esta dirección permite, por un lado, asistir a las especificidades dada por cada contractualista

(desde los modernos Hobbes, Rousseau y Locke hasta un contemporáneo como Rawls) a la celebración, garantías, derechos y resultados del pacto firmado. Por otra parte, permitirá ver, en los desarrollos ofrecidos por los filósofos, el modo en el que se empiezan a perfilar y a sustentar diversas formas de organización estatal.

Los desarrollos filosóficos planteados para el estudio de la constitución tienen su máxima aceleración en la consideración del constitucionalismo como movimiento filosófico independiente (Mateos, 2012, p. 9) que se da, precisamente, en el siglo XVIII, mediante la escisión de contenidos en el interior de la filosofía política. Desde esta consideración histórica, el constitucionalismo se presenta como un movimiento preocupado y centrado no solo en realizar un pensamiento y una lectura críticos de la constitución y de su relación con las demás normas jurídicas y con las esferas de desarrollo político, social y económico (Agudelo y Prieto, 2018), sino que, también, se postula como un movimiento resuelto a realizar una acción política tendiente a impulsar contenidos en los textos constitucionales y a efectuar estos desarrollos materiales en las diversas esferas de ejercicio de la vida (Rojas y Gelvez, 2018), y específicamente de la ciudadana.

#### IV. LAS HABILIDADES CÍVICAS

La fundamentación filosófica de las habilidades o virtudes cívicas requeriría un acercamiento a la historia de la filosofía, análogo al postulado para la fundamentación conceptual, con el objeto de determinar las corrientes, escuelas y pensadores que contribuyeron en mayor o en menor medida a la configuración teórica y práctica de los contenidos indicados. Lo formulado anteriormente constituye una tarea necesaria, urgente y extremadamente amplia. Esta última característica volvería, prácticamente, impracticable esta labor, sobre todo si se tiene en cuenta que la asignatura está limitada al desarrollo de un semestre académico y con una muy baja intensidad horaria semanal. Además, en el caso ideal de que se lograra el cometido propuesto, el estudiante parecería perderse en el mar de teorías y concepciones expuestas. Por ello, el proyecto recomienda abordar las habilidades cívicas desde una concepción específica de la democracia. No obstante poder parecer arbitrario, esta propuesta cuenta con la facultad de despertar en el estudiante una responsabilidad de reflexión, de crítica y de acción frente a los contenidos estudiados.

La reflexión emprendida ha tomado como propuesta de acción política para la democracia, la expuesta por Jacques Derrida y conocida como democracia por venir. Dos razones han inclinado la balanza por esta propuesta. En primer lugar, el que se trata de un planteamiento contemporáneo. La actualidad de los contenidos permite que el estudiante examine si la crítica que se realiza a los demás modelos (pasados y contemporáneos) resulta atinente, infundada o limitada. En segundo lugar, en la medida en que se trata de una concepción de democracia que acentúa la acción política del ciudadano, pues le exige un esfuerzo, unas tareas y un compromiso constante en la consecución y realización de la democracia, ya que “La expresión ‘democracia por venir’ traduce sin duda o requiere una crítica política militante y sin fin (...)” (Derrida, 2005, p.110).

Este compromiso y esta crítica política se pueden ver en la obra y en las actuaciones de Derrida. Así, por ejemplo, *Espectros de Marx* fue redactado como una respuesta indignada a las proclamas de triunfo del liberalismo como sistema hegemónico mundial ejemplarizadas en las formulaciones de Francis Fukuyama en *El fin de la Historia y el último hombre*. Para Derrida (2012) constituye una vergüenza que se haya llegado al fin de la historia y al mejor modelo económico, sobre todo cuando no se requiere de esfuerzo alguno para constatar que el mundo se encuentra poblado de miseria, hambre, exclusión, discriminación y guerra, en suma, de injusticia. La apuesta política de Derrida es absolutamente clara: en primer lugar, llevar a cabo esa crítica política militante y sin fin; en segundo término, continuar incentivando y desarrollando una serie de acciones para lograr y configurar el compromiso de un cambio.

Una de las muchas acciones de Derrida en la que se puede rastrear su compromiso político está constituida por la fundación del Colegio Internacional de Filosofía que

No estaría sólo abierto a investigaciones hoy no legitimadas o insuficientemente desarrolladas en las instituciones francesas o extranjeras, investigaciones entre las cuales algunas podrían ser llamadas «fundamentales». Se alcanzaría un grado más. Se haría justicia a trabajos acerca de la insistencia de lo fundamental, acerca de la oposición a la finalización, acerca de los ardides de la finalización en todos los ámbitos. (Derrida, 1997, p. 133)

Sobre la cita hay que decir, en primer lugar, que se trata de la creación de una nueva institución, no obstante lo conservador que pueda resultar y que, en efecto, resulta hablar de institucionalidad, Derrida la postula, sin duda, como una institución dentro de la realización de esa crítica militante y sin fin que es la democracia por venir. Se trata, entonces, de una institución que hiere el espacio de la democracia tradicional y ayuda a configurar el sueño, la esperanza y la lucha de y por la realización de la democracia.

En segundo lugar, se destacan los propósitos del Colegio. La fundación del Colegio es llevada a cabo por Derrida como filósofo, como profesor, como intelectual, como escritor y como ciudadano. Esta especificidad hace que el Colegio exceda al ámbito academicista de la filosofía y se instale en la lucha académica, social y política del desafío y de la querrela contra la censura. Una censura que ya no prohíbe temas, investigaciones o discursos, sino que opera de un modo más lateral, descentralizado, pero eficaz (Derrida, 1997, p.130). Se debe apuntar, además, que al lado de las investigaciones no legitimadas o insuficientemente desarrolladas se hallan, también, aquellas cuyos resultados no tienen la repercusión esperada tanto en los ámbitos académicos como sociales. De tal modo que, por ejemplo, “(...) Un libro no publicado en una tirada de dos mil ejemplares, un libro no traducido, se convierte, hoy, en un documento casi confidencial y privado (...)” (Derrida, 1995, p. 90). En esta limitación de los resultados de la investigación, en esta intervención del poder editorial también se logran ver los tentáculos de la censura.

Finalmente, se hace necesario destacar, de la cita propuesta, la referencia a lo que el autor denomina una serie de nuevas responsabilidades. Nuevas en la medida en que tienen que ver con la organización actual de la Universidad y de la sociedad. Las responsabilidades están en relación directa con la decisión y se ubican más allá de cualquier idea reguladora (Derrida, 2005, p.156). Además, se estructuran tanto en el campo académico como en el social, a partir de la esa crítica militante y sin fin que en la fundación del colegio se plasman en el examen de las implicaciones éticas, políticas y jurídicas de la investigación académica, de la fundación y acción del Colegio.

La intención del proyecto en la transformación de la asignatura Constitución Política está dirigida, finalmente, a invitar al estudiante a desarrollar una crítica militante y sin fin, por un lado, a la institución filosófica y universitaria y, por el otro, a los estamentos y a la institucionalidad política y social ante y en la que desarrolla su diario vivir. Esta vivencia de la democracia faculta al estudiante como ciudadano activo, en la medida en que su labor lo transforma en un luchador por lo que ha de venir y que se configura cada vez más, en cada una de sus acciones, como modo de vida imaginable y deseable: una democracia efectiva.

## V. CONCLUSIONES

La reflexión emprendida por el texto nos llevó a mostrar los siguientes resultados:

1. Resulta deseable y realizable efectuar una transformación en la enseñanza de los contenidos de la asignatura Constitución Política. Con este objetivo, el proyecto pasó de la consideración exclusiva de elementos formales requeridos en las formulaciones y presentaciones de derechos y acciones ante autoridades judiciales y administrativas a la consulta de la base filosófica sobre la que se erigen los diferentes conceptos e instituciones contenidos en la Constitución.
2. Guiados por los artículos 41 de la Constitución de 1991 y por el 128 de la Ley 30 de 1992, que incitan a realizar un estudio y una enseñanza de la Constitución que involucre tanto el eje conceptual como la práctica de acciones cívicas, la reflexión aquí emprendida presentó, a manera de ejemplo, la pesquisa filosófica conducente a esclarecer el concepto y la institución de la constitución a partir de lo que se ha dado en denominar las tesis formales y las tesis materiales en la conceptualización de la constitución.
3. Una vez logrado lo postulado en el numeral anterior, y como desarrollo de la noción 'democracia por venir', el estudiante contará con una serie de elementos conceptuales, derivados tanto de los contenidos ofrecidos en la asignatura como de las estrategias de enseñanza y aprendizaje implementadas para llevarlos a cabo, que le permitirán ejercer una reflexión y una acción críticas sobre los contenidos mismos de la Constitución y sobre la realidad social, política, económica y cultural con la que se enfrenta en las situaciones cotidianas de la vida.

El conocimiento indicado, el análisis, la reflexión y la acción que se logran como consecuencia, se convierten en paso previo y necesario para que el estudiante implemente las herramientas jurídicas hacia las que se dirige la asignatura en la actualidad. En suma, solo mediante la puesta en marcha de esta transformación en los contenidos de la asignatura se garantiza que el estudiante pueda, con total idoneidad, ejercer las acciones, derechos y obligaciones contemplados en el ordenamiento constitucional y legal.

## REFERENCIAS

- Agudelo, O. y Prieto, C. (2018). La argumentación jurídica vista desde los desacuerdos entre juristas. *Revista Filosofía UIS*, 17(2). Doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v17n2-201800>
- Aguirre, J. y Villamizar, N. (2016). Quino: del mundo del cómic al mundo de la filosofía. *Revista Filosofía UIS*, 15 (1), 163-188. doi:<http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v15n1-2016008>
- Arboleda, P. y Jiménez, M. (2016). Una aproximación a la filosofía política de la cláusula democrática en la constitución de 1991. *Revista Filosofía UIS*, 15 (1), 19-46. doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v15n1-2016001>
- Aristóteles (1948). *La Constitución de Atenas*. Edición bilingüe por Antonio Tovar. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Cárdenas, M. y Steiner, R. (eds.) (1998). *Corrupción, crimen y justicia, una perspectiva económica*. Bogotá: Tercer Mundo Editores-LACEA.
- Carbonell, M. (2000). Estudio Introductorio. En *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (pp. 9-36). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Comte, A. (1996). *Discurso sobre el espíritu positivo*. Barcelona: Altaya.
- Constitución Política de Colombia (1991). <http://www.constitucioncolombia.com/>.
- Derrida, J. (1995). *El lenguaje y las instituciones filosóficas*. Barcelona: Paidós.
- Derrida, J. (1997). *Cómo no hablar. Y otros textos*. Barcelona: Anthropos.
- Derrida, J. (2012). *Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*. Madrid: Trotta.
- Dino, M. (2010). *Las ideas políticas: el surgimiento del liberalismo*. Miami: Firms Press.
- Fecsol & Idea International (2012). <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/09888.pdf>. García, E. (2001). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas.
- Hernández, J. y Garavito, J. (2018). Miradas pedagógicas alternativas: sentidos, juego y contrahegemonía. *Revista Filosofía UIS*, 17(2). Doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v17n2-2018014>
- Kremer-Marietti, A. (1997) *El positivismo*. México: Ediciones Cruz.

- Ley 30 de 1992. <http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-86437.html>. López Gómez, C. y Hernández Bello, A. (2017). Pedagogía y paz: reflexiones acerca de la participación ciudadana en el posconflicto colombiano. *Revista Filosofía UIS*, 16(2). Doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v16n2-2017011>
- Mateos, J. (2012) Fundamentos filosóficos del surgimiento y la evolución del fenómeno constitucional. *Δαιμόνων. Revista Internacional de Filosofía*, 57, 5-17.
- Mendoza, R. y González. E. (2016). Justicia y responsabilidad social. Derecho y deber humanos. Una visión desde el pensamiento de Walzer y ejemplos de la desigualdad en México. *Revista Filosofía UIS*, 15 (1), 61-88. Doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v15n1-2016003>
- Mesa Díez, D. (2017). Elementos formales de la felicidad. Una lectura no comprensiva de Aristóteles. *Revista Filosofía UIS*, 16(2). Doi <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v16n2-2017001>
- Moya, E. (1998) *La disputa del positivismo en la filosofía contemporánea*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Olano, H. (2006) ¿Qué es una constitución?: reflexiones a propósito del “boterismo constitucional”. *Dikaion. Revista de fundamentación jurídica*, 15, 135-153.
- Rojas, A. y Gelvez, C. (2018). La condición vulnerable y solidaria de la vida humana: un análisis crítico del pensamiento de MacIntyre. *Revista Filosofía UIS*, 17(2). Doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v17n2-2018009>

# **La integración contractual del préstamo multidivisa en el Derecho de consumo europeo\***

*Contractual Integration of Multi-Currency  
Loans in European Consumer Law*

**GERARD RINCÓN ANDREU**

Profesor de Derecho Civil, Universidad Santiago de Cali. Profesor colaborador del Grado de Derecho, Universitat Oberta de Catalunya. Doctorando en Derecho y magíster en Estudios Jurídicos Avanzados, especialidad en Derecho Privado, Universitat de Barcelona. Magíster en Abogacía, Universitat Autònoma de Barcelona. Graduado en Derecho, Universitat Pompeu Fabra. Abogado col. 42.677 del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Investigador del Grupo de Investigación GICPODERI. [gerardrincon@usc.edu.co](mailto:gerardrincon@usc.edu.co).

\* Este artículo corresponde a una parte del trabajo final del máster en Estudios Jurídicos Avanzados, con especialidad en Derecho Privado, cursado por el autor en la Universidad de Barcelona durante el período académico 2016-2018.

## Resumen

El derecho de consumo viene evolucionando a marchas forzadas, vislumbrándose cierta labor hermenéutica, no del todo consistente, debido a la necesidad de cumplir con el principio básico de protección al consumidor. Si bien la solución jurídica consolidada nos lleva a declarar la anulabilidad del clausulado multidivisa, este artículo pretende reflexionar sobre si la interpretación teleológica y hermenéutica para llegar a la solución actual es coherente con nuestro ordenamiento positivo. Por consiguiente, expondremos como se están socavando los propios fundamentos del derecho contractual clásico, concretamente: la doctrina de la nulidad y los principios de conservación del negocio jurídico e integración contractual.

### PALABRAS CLAVE

Derecho de consumo, cláusulas abusivas, integración contractual, nulidad, anulabilidad.

## Abstract

Consumer law has been evolving at an accelerating pace, with a certain hermeneutic task, not entirely consistent, due to the need to comply with the basic principle of consumer protection. Although the consolidated legal solution leads us to declare the relative nullity of the multi-currency clauses, this research paper aims to reflect on whether the teleological and hermeneutic interpretation to reach the current solution is consistent with our legal order. Therefore, we will expose how the legal grounds of classic contractual law are being undermined, specifically: the doctrine of nullity and the principles of conservation of legal business and contractual integration.

### KEYWORDS

Consumer law, unfair terms, contractual integration, nullity, relative nullity.



## I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, a fin de centrar el objeto de estudio, expondré brevemente la “naturaleza jurídica” del contrato bancario multidivisa, identificando los elementos esenciales que lo conforman. En segundo lugar, analizaremos cómo se configura la nulidad como forma de invalidez para los contratos en sede de derecho de consumo, partiendo ya de la tendencia expansiva de la anulabilidad en materia contractual general.

Concretamente, la cuestión objeto de estudio radica en que el clausulado multidivisa declarado nulo corresponde a elementos esenciales del contrato –objeto y causa–, por lo que correspondería, *a priori*, declarar la nulidad absoluta. Sin embargo, parece uniforme la doctrina del Tribunal Supremo (TS) español, siguiendo las directrices del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la cual posibilita una integración del régimen contractual para evitar la nulidad total del contrato –por error en el consentimiento o abusividad–, con el objetivo de no perjudicar al consumidor. Por tanto, entrevemos una anomalía en la tradicional institución de la nulidad y quizás un cambio hacia una interpretación más amplia del propio principio de conservación del negocio jurídico, ostentando este una mayor flexibilidad o disponibilidad en supuestos de derecho de consumo.

El método utilizado para el desarrollo de este estudio es el propio de la investigación jurídica de carácter hermenéutico. Se tiene en cuenta tanto la interpretación teleológica como el método descriptivo, a fin de precisar el objetivo de la norma jurídica y desvelar el sistema de relaciones que establece con el resto del entramado jurídico, analizando las motivaciones teleológicas que han llevado a una normativa y jurisprudencia de derecho de consumo a dar un giro a la teoría general de la nulidad contractual.

Por tanto, en el marco del préstamo multidivisa, pretendo analizar a partir de la doctrina y la evolución de la jurisprudencia comunitaria y del Tribunal Supremo si procedería, en algún supuesto, la nulidad radical sin posibilidad de sanación. Asimismo, exponer el alcance del principio de conservación del negocio jurídico: primero, dentro de la clásica teoría general de la contratación y, consiguientemente, desde una visión crítica, en el ámbito del derecho especial de consumo.

En síntesis, pretendemos exponer los fundamentos jurídicos que habilitan la nulidad relativa cuando la abusividad afecta al clausulado multidivisa como elemento esencial del contrato. Asimismo, el objetivo general de esta investigación será el de vestir la teoría de la “prohibición de reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas” como la mejor vía para conseguir una integración contractual más acorde con el principio de conservación del negocio jurídico.

## II. “NATURALEZA JURÍDICA” Y OPERATIVA DEL PRÉSTAMO MULTIDIVISA

Antes de entrar en el fondo de la investigación, es necesario exponer en qué consiste el contrato multidivisa, su “naturaleza jurídica” y conocer su operatividad en el mercado financiero. Para ello, como comenta Raga et al. (2016, p. 483) es conveniente traer a colación la STS, Sala 1ª, Sec. Pleno, 323/2015, de 30 de junio, que declara que lo que se ha denominado coloquialmente “hipoteca multidivisa” es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa. En esta divisa extranjera, entre varias posibles, a elección del prestatario, el índice de referencia sobre el cual se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euríbor, en concreto, el Líbor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

Para Navas (2015, p. 13), el esquema básico de funcionamiento de este producto responde a la conjunción entre un préstamo con garantía hipotecaria al modo convencional y una particular forma de determinar la moneda en la que se entrega el capital y en la que deben abonarse las cuotas periódicas de amortización que, en términos muy generales, puede realizarse en divisas, a elección del prestatario, aunque en ocasiones se requiere el consentimiento de la entidad bancaria.

Se supone que, en términos muy simples, el atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro<sup>1</sup>, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo<sup>2</sup>.

Por ende, los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, teniendo el riesgo de fluctuación de la moneda una doble incidencia. Asimismo, el empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización (comprensiva de capital e intereses); puesto que, además, se aplica para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódicas,

---

<sup>1</sup> Este tipo de productos se comercializaron en un momento económico en el que el euro estaba muy apreciado frente a monedas como el yen y el franco suizo, y el Euríbor muy alto, frente a los intereses más bajos que ofrecían las citadas monedas extranjeras, lo que convertía el préstamo, a primera vista, en atractivo, como apunta Vázquez García (2017, pp.197-198).

<sup>2</sup> STS, Sala 1ª, Sec. Pleno, 323/2015, de 30 de junio, FJ 7.º.

puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo (Vázquez García, 2017, pp. 33-34).

Respecto a la “naturaleza jurídica”, fue cuestión controvertida la inicial aplicación a esta clase de préstamos de la normativa sobre servicios de inversión<sup>3</sup>, concretamente de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 (MiFID)<sup>4</sup> relativa a los mercados de instrumentos financieros, la cual obliga a las entidades financieras a seguir un cauce específico para los inversores minoristas de estos servicios<sup>5</sup>.

Sin embargo, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo se ha visto superada por la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312-14), la cual establece, en relación con el préstamo multidivisa, que: a) no tiene por objeto la venta de un activo financiero; b) una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero; c) las operaciones de determinación de la cuota que debe abonar el prestatario de un préstamo multidivisa no pueden calificarse como servicio de inversión; d) de manera que la entidad bancaria no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar, establecidas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39/CE (MiFID)<sup>6</sup>.

Acerca del préstamo multidivisa, el mismo está conformado por las siguientes cláusulas: “capital del préstamo”, “amortización”, “intereses ordinarios” y “determinación del tipo de interés variable”. Dichos pactos no son meras cláusulas accesorias del contrato, sin las cuales este puede

---

<sup>3</sup> A estos efectos, la ya mencionada sentencia del Pleno del TS 323/2015, de 30 de junio, estableció que un préstamo multidivisa no solamente es “un instrumento financiero”, sino, además, “un instrumento financiero derivado”.

<sup>4</sup> *Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo*. DOUE númº. 145, de 30 de abril de 2004.

<sup>5</sup> Antes de profundizar en las Directivas de Derecho comunitario concernientes en materia de cláusulas abusivas, es menester diferenciar entre Directiva y Reglamento como dos actos jurídicos de la UE de distinto alcance. Al respecto, el art. artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en sus respectivos 2º y 3º apartado rezan: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”; en cambio, “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

<sup>6</sup> De hecho, a raíz de esta resolución del TJUE, el Tribunal Supremo, en su sentencia Sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, ha venido adoptando la misma posición.

subsistir, sino que son parte esencial del mismo; concretamente, forman parte, ni más ni menos, del objeto y causa del contrato.

Asimismo, tanto la jurisprudencia del Alto Tribunal como del TJUE coinciden en afirmar que las cláusulas multidivisa son definitivas del “objeto principal del contrato”. Así, la STS 608/2017 de 15 de noviembre y la STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16 (caso Andriuc), describen que, en este tipo de contratos, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por tanto, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo<sup>7</sup>.

A pesar de ello, el debate sobre los elementos esenciales puede devenir estéril en cuanto a la declaración de nulidad por la no superación del doble control de transparencia, pues la práctica demuestra que se controla todo (Carrasco Perera, 2007, p. 182). No obstante, a efectos del régimen de nulidad aplicable, consideramos que lo que no debe ser intrascendente es si la abusividad afecta a un elemento esencial o a un elemento accesorio, puesto que, en principio, las consecuencias serían distintas: para el primero, la nulidad; para el segundo, la anulabilidad.

### III. TENDENCIA HACIA LA CONFIGURACIÓN DE LA NULIDAD COMO FORMA DE INVALIDEZ

Interesa profundizar en la distinción entre nulidad y anulabilidad, alejándonos del férreo y estéril debate doctrinal para conceptualizar la ineficacia, invalidez e inexistencia; aunque compartiendo la opinión del sector doctrinal que considera que la apreciación y distinción de las categorías de ineficacia e invalidez resulta innecesaria a efectos prácticos (Ramón Fernández, 2012, pp. 64-66). No obstante, aclaramos que si bien el término “inexistencia” se utiliza como sinónimo de nulidad radical (Ramón Fernández, 2012, p. 80), cuando se menciona el término “invalidez”, se relaciona con un supuesto de anulabilidad.

---

<sup>7</sup> Concretamente, el apartado 35 de la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc), afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el artículo art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan.

Sin embargo, existe una confusión entre ambas categorías, cuyo origen se encuentra en la imprecisión terminológica del Código Civil español (en adelante, CC)<sup>8</sup>, que en el artículo 1301, en vez de indicar “acción de anulabilidad”, la dicción del precepto es “acción de nulidad”. Los preceptos del CC que regulan la nulidad de los contratos no se atienen a la dicotomía entre nulidad absoluta y relativa, y no se refieren solo a esta última. Así pues, vemos cómo el CC español, aunque distingue dos tipos de invalidez, los designa con la misma palabra (“nulidad”), exponiendo con cierta nitidez las causas de uno de ellos —el que hemos llamado “anulabilidad”— (Clavería, 2007, p. 77).

Además, cabe destacar que estamos ante la ausencia en nuestro derecho de regulación específica sobre la nulidad parcial, visto que su admisión puede deducirse de diversos preceptos del CC<sup>9</sup>. El Tribunal Supremo bien enfatiza al respecto que “a diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido)”<sup>10</sup>.

Ahora bien, la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la “acción de nulidad” ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir entre los supuestos de nulidad radical o absoluta y entre los constitutivos de nulidad relativa o anulabilidad<sup>11</sup>. Históricamente, el Tribunal Supremo, desde sentencias de 30 de noviembre de 1909 y de 21 de junio de 1927, siempre ha tenido en cuenta tal distinción (Rosa Lucena, 2014). Conviene destacar la recién STS, Sala 1ª, 2/2018, de 10 de enero, que hace una excelente síntesis entre ambos tipos de nulidad, exponiendo tanto los criterios doctrinales como la evolución jurisprudencial al respecto, destacando las características de la anulabilidad y acercando que este “es el régimen de invalidez al que el legislador ha dotado de la regulación más completa”. Ciertamente, en materia de nulidad en el ámbito de contratos bancarios con consumidores, los tribunales distinguen entre nulidad absoluta o relativa, entrando a justificar la opción de la anulabilidad debido a sus consecuencias jurídicas tendentes a la conservación del contrato.

---

<sup>8</sup> Código Civil. (1889). *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Gaceta de Madrid núm. 206.

<sup>9</sup> Así lo razona la SAP Barcelona, Sec. 14ª, 158/2017, de 22 de marzo: “ante la ausencia en nuestro Derecho de una norma sobre la nulidad parcial, visto que su admisión puede deducirse de diversos preceptos del CC como ocurre con los art. 1155 (la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal); 1476 (nulidad del pacto que exime al vendedor de responder de la evicción), 1691 (nulidad del pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas), 1826 (nulidad del pacto por el que el fiador queda obligado a más que el deudor principal) (...)”.

<sup>10</sup> STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo.

<sup>11</sup> STS, Sala 1ª, 843/2006, de 6 de septiembre.

Es importante la distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, la cual señala, al mismo tiempo, una “gradación” de invalidez. Como veremos, la nulidad es aquella imperfección del contrato que impide a este producir sus efectos propios, mientras que la anulabilidad es aquella otra imperfección menos enérgica –derivada, sobre todo, de determinados vicios de capacidad o de voluntad– que da lugar a una acción de nulidad o de impugnación, la cual, si es ejercitada con éxito, produce la destrucción del acto con fuerza retroactiva (Castán, 2008, p. 796).

Lo cierto es que no se puede desconocer la importancia de definir la esencia última de la nulidad y anulabilidad, de lo que dependerá la determinación de la sanción que resulte apropiada en supuestos concretos, observándose cómo el tratamiento procesal puede resultar determinante y se desenvuelve, en ocasiones, al margen de las cuestiones sustantivas (Egusquiza, 1999, p. 25).

*A priori*, la causa que origina la nulidad y la anulabilidad será el elemento que permita diferenciar ambas figuras (Bercovitz, 2008, p. 139). Mientras que las causas de nulidad son de derecho necesario e indisponibles y atentan contra el orden público, las causas de anulabilidad atentan contra los intereses de un particular y son disponibles y subsanables para las partes (Casasayas, 2017, p. 136). Asimismo, la nulidad como forma de invalidez –a diferencia de la inexistencia– presupone, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho y que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventuales capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsciente ante un análisis más profundo (Betti, 2000, pp. 408-410).

Aunque tradicionalmente el Tribunal Supremo manifestó una robusta inercia conducente a la nulidad de pleno derecho, así como también la doctrina concebía la nulidad como regla general de invalidez, con la vista puesta en el artículo 6.3 CC; son cada vez más los casos en los que no se descarta o se admite abiertamente una anulabilidad atípica o no textual, en atención normalmente a criterios de carácter práctico o funcional (Pasquau, 1997, p. 97). Es más, se observa que buena parte de los problemas que suscita la aplicación de la nulidad en las relaciones contractuales descubren una cierta huida hacia el régimen de la anulabilidad (Egusquiza, 1999, p. 93). En este sentido, el derecho de consumo no será más que una muestra de la expansión de la anulabilidad más allá de los casos previstos por el legislador, imponiéndose como principio general frente a la nulidad absoluta<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> La mayoría de autores, como Pasquau (1997, p. 92), reconocen que “se ha llegado a afirmar, incluso, que en materia contractual la anulabilidad es el régimen típico, la regla general”. Esta misma línea es la que ratifica Carrasco Perera (2017, pp. 648-649) al expresar que “la anulabilidad es un régimen expansivo, y ha de servir de marco regulatorio analógico para otros supuestos de ineficacia negocial donde concurra identidad de razón. Esta fuerza expansiva se proyecta sobre el extremo que cuando la forma está exigida por la ley en beneficio de uno solo de los contratantes, habrá que sostener que el régimen adecuado es el de la anulabilidad, generalizando de esta forma la solución que para un caso singular contiene, por ejemplo, el art. 100.1 TRLGDCU, previéndose que podrá ser anulado el contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo”.

Para ello, era preciso superar la concepción de inexistencia y nulidad de pleno derecho que parecen imponer los artículos 1300 y 1310 CC, proponiendo un criterio de distinción entre nulidad y anulabilidad basado en consideraciones “funcionales” de adaptación a la finalidad perseguida por el legislador al sancionar con la ineficacia, más que en criterios lógicos propios de la concepción organicista del acto jurídico, de tal modo que fuera posible propugnar el régimen de anulabilidad también para ciertos casos en los que la irregularidad consiste en la falta de algún elemento esencial del contrato (Pasquau, 1997, pp. 92-93). En esta tesis, defendida principalmente por Gordillo (Pasquau, 1997, p. 93), encontramos una buena argumentación para entender la aplicación de la anulabilidad en los contratos multidivisa. Esto es así en cuanto para dichos contratos se propugna la anulabilidad en aras de evitar un ulterior perjuicio a la parte débil, ajustándose mejor a la finalidad perseguida por el legislador, que no es otra que la protección de los intereses particulares de los consumidores<sup>13</sup>.

Como expone Pasquau (1997, pp. 92-93), citando a Gordillo, analizando los caracteres funcionales de las categorías de nulidad y anulabilidad, se advierte como una, la nulidad, resulta apropiada para la defensa del interés público, y la otra, la anulabilidad, se ajusta mejor a la protección de intereses particulares. En definitiva, el criterio de distinción entre la nulidad y la anulabilidad no vendría dado por el tipo de defecto, sino por el interés público o privado que está en juego, es decir, por consideraciones funcionales, no estructurales.

Por último, y compartiendo la opinión de López Beltrán (1995, pp. 22-23), la decisión a la hora de calificar un negocio como nulo o anulable no se adopta, al menos no se adopta siempre, siguiendo esquemas rigurosamente lógicos. Es posible que de este modo se solucione acertadamente el conflicto de intereses planteado en cada caso concreto, pero es indudable que de alguna manera pone en peligro la seguridad jurídica que exige la coherencia del sistema.

#### **IV. SUPUESTA IMPOSIBILIDAD DE ANULABILIDAD DEL CLAUSULADO MULTIDIVISA**

A la vista de que las cláusulas multidivisa no son meras cláusulas accesorias del contrato, sino que son parte esencial del mismo, debemos plantear, aunque solo sea por sentido común, la supuesta imposibilidad de declarar la nulidad relativa de dicho clausulado porque sin el mismo el contrato no puede subsistir. Todo ello sin entrar a valorar las posibles acciones que habilitarían la nulidad de dicho clausulado (ya sea por error-vicio o por la no superación del doble control de transparencia); pues esto, por complejidad y extensión, bien nos llevaría a la redacción de un artículo aparte.

---

<sup>13</sup> De hecho, en el ámbito del consumo, Álvarez Lata (2004, p. 79) incluso afirma que es factible la extensión analógica de la anulabilidad de casos previstos por el legislador a otros que no lo están, pero que son semejantes, atendiendo a la finalidad perseguida, en particular, si se trata, como es nuestro caso, de otorgar protección a una persona determinada –el consumidor– a la que se señala por el legislador como portador de la acción.



A saber, el artículo 1261 del CC establece los elementos esenciales de la contratación, disponiendo en su redactado que “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”. Concretamente, como expresado en el primer epígrafe, el clausulado multidivisa forma parte, ni más ni menos, del objeto y causa del contrato, al reconocerlas la propia jurisprudencia comunitaria como definitorias del objeto principal del mismo.

El Tribunal Supremo, mediante su STS, Sala 1ª, 864/1997, de 10 octubre<sup>14</sup>, entre otras, ha definido el objeto como “aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato”. Así, es evidente que el objeto de este contrato de préstamo (que cumple los requisitos de los artículos 1271, 1272, 1273 CC) recae sobre el importe entregado por la entidad prestamista a los prestatarios, esto es, un determinado importe en divisa extranjera.

Sobre dicho extremo se ha pronunciado nuestro más alto tribunal en la STS, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7219), según la cual se veda la declaración de nulidad parcial de determinadas cláusulas contractuales en un negocio en el que se ha producido el error como vicio esencial del consentimiento, por no ser las mismas escindibles del contrato que debe analizarse como un todo y, por tanto, la nulidad de aquellas solo tiene sentido instando la nulidad del contrato en su integridad.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la STS, Sala 1ª, 485/2000, de 16 de mayo, fijó que “la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía”. Además, esta misma resolución deja claro que la nulidad parcial es de contemplación casuística, y “solo puede tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula y cuando la nulidad no trasciende a la totalidad del negocio”.

Más recientemente, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, se pronunció, en la Sentencia 255/2015, de 10 de julio, sobre esta misma cuestión, y en concreto sobre un préstamo multidivisa, siguiendo, para su resolución, cierta doctrina fijada por el Tribunal Supremo:

En el presente supuesto, la cláusula primera, en la que se concierta el préstamo en divisas y se calcula su importe, y la segunda donde se fija la duración del contrato y se establece la posibilidad de modificar en los diferentes vencimientos del préstamo en euros o en otras divisas, lo que afectaría, a su vez, al interés, son cláusulas de carácter esencial y no puede modificarse lo querido por las partes, por una integración del contrato referenciando el préstamo al euro como divisa natural y a un

---

<sup>14</sup> Con cita a la STS, Sala 1ª, de 5 junio de 1978 (RJ 1978/2219).

tipo de interés determinado, con las demás peticiones que en el suplico de la demanda se efectúan. Y ello porque el carácter esencial de las cláusulas impugnadas afecta a todo el negocio, y su supresión modificaría por completo la estructura del préstamo que no puede subsistir modificándolo en los términos solicitados por la demandante (...).

Así, en este caso, la AP de Madrid resuelve que la supresión íntegra de las cláusulas financieras de carácter multidivisa dejaría el contrato desprovisto de la fijación de dos elementos imprescindibles del préstamo: “la recepción de dinero u otra cosa fungible por el prestatario y la obligación de este de devolver al prestamista otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1753 CC)”.

Por lo tanto, tras la exposición anterior, podríamos considerar un hecho indubitado que, de estimarse la solicitud de nulidad del consumidor y, en consecuencia, declararse nulas dichas cláusulas, el contrato devendrá necesariamente nulo en su totalidad, y no en parte, por recaer en elementos esenciales del contrato como es el objeto y la causa del mismo.

En definitiva, la jurisprudencia admite la nulidad parcial cuando la nulidad recae sobre un elemento accesorio o cuando no alcance a la esencia del negocio; si bien lo que no puede ser admisible es que, con base en la nulidad parcial, se modifique lo querido por una de las partes; puesto que todo parece indicarnos que una nulidad parcial solo puede afectar a lo accesorio y no a lo esencial.

Del mismo modo, quiero poner de manifiesto mi visión crítica sobre la admisión de la anulabilidad de la estipulación de opción multidivisa, por ser simple y llanamente incongruente. Conviene enfatizar que la cláusula de opción multidivisa es, precisamente, una potestad del prestatario de devolver el préstamo en alguna otra moneda, por lo que a mi juicio es absurdo solicitar la nulidad de una propia estipulación facultativa. Asimismo, jamás podrá considerarse cláusula abusiva una facultad potestativa del prestatario, porque no impone ninguna condición obligatoria del empresario al consumidor.

En cualquier caso, en la mayoría de *litis* no consta ni el ejercicio de la opción, ni la solicitud de información para realizarla, no dejando de sorprender que el consumidor, al interponer acción de nulidad, pretenda un préstamo “normal” en euros y referenciado al Euríbor, cuando ello era una posibilidad que claramente contemplaba el préstamo hipotecario suscrito. Igualmente, no hay explicación alguna del porqué el prestatario nunca interesó antes el cambio, pudiendo hacerlo en cada periodo trimestral, cuando era evidente que conocía el notable ascenso que se producía en su cuota con la recepción de las liquidaciones. El impetrador siempre puede alegar que la entidad ni le advirtió ni le ofertó el cambio, mas el contenido de las aludidas liquidaciones ya debía ser advertencia para el prestatario y, recordemos, él era el optante y no la entidad prestamista.

Asimismo, en la hipótesis de nulidad de la estipulación de opción multidivisa, el principio de conservación del contrato implicaría llegar a la antinomia de mantener el resto de pactos del prés-

tamo y, en definitiva, que este se devolviera exclusivamente en divisa extranjera y solo en divisa extranjera, pero nunca la nulidad de la cláusula transformaría el préstamo en otro diferente. Los tribunales no confeccionan nuevos contratos, si acaso declaran nulo un pacto determinado, pero, como regla general, lo que no entra en el campo de la disponibilidad del procedimiento es que si se prestaron yenes japoneses o francos suizos ahora se devuelvan euros.

En este sentido, incluso en sede de derecho de consumo, Blanco García-Lomas (2014, pp. 30-46), en cita a Pazos Castro, entiende que lo que prohíbe la norma comunitaria es que el juez cree derecho integrando el contrato tras la desaparición de la cláusula contractual declarada abusiva, en cuanto la modifique o la sustituya por otra.

En atención a lo anterior, es indiscutible que existen límites a las potestades de reconstrucción del contrato. Como predica Carrasco Perera (2017, p. 682), en general, la nulidad del contrato o de la cláusula no permite que el interesado en el mantenimiento del contrato (incluso si se trata del sujeto protegido –consumidor– por la norma en que se funda la nulidad) solicite una corrección o modificación del mismo, especialmente si afecta a los elementos esenciales de la relación, por más que la modificación fuera razonable a la vista de los términos de la nulidad.

Como expone Betti (2000, pp. 82-83), “respecto a la iniciativa privada el orden jurídico no tiene más que una función *negativa*, limitadora y ordenadora, y no es concebible que pueda sustituir al individuo en el cometido que es propiamente suyo, o sea, el dar existencia a aquello que es el *contenido* del negocio jurídico”. Este autor prosigue haciendo una neta distinción entre el contenido del negocio y los efectos jurídicos de él, disponiendo que

el contenido preceptivo del negocio se somete a la competencia dispositiva de los individuos, dentro de la órbita en que ésta es admitida y circunstanciada por la ley; los efectos jurídicos, en cambio, reciben su disciplina exclusivamente de la ley, están reservados a su competencia normativa.

## V. LA SOLUCIÓN DE LA ANULABILIDAD AL AMPARO DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

El principio de conservación del negocio jurídico constituye un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico. Debe señalarse que se ha puntualizado su función interpretativa tras el reconocimiento de esta regla, no solo como un criterio de interpretación, sino también como un auténtico principio general del derecho<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Así lo señala la STS, Pleno, 827/2012, de 15 de enero de 2013.

En palabras de Díez-Picazo (2007, p. 499), se ha observado que en sede interpretativa el principio de conservación se refiere, literalmente, solo a las cláusulas y no al entero contrato (cfr. art. 1284 CC: “alguna cláusula”), pero para extender la norma al contrato entero basta pensar que si al derecho le interesa el mantenimiento de un pacto, con mayor razón debe interesarle el mantenimiento del entero negocio, pudiendo llevar la exigencia del mantenimiento del contrato a la privación de valor útil de alguna de sus cláusulas.

En este sentido, como bien señala Vattier (2007, p. 38), la conservación del contrato tiene por finalidad evitar la anulación del mismo, obligándose una parte a cumplir el contenido y modalidades con las que la otra había creído celebrar el contrato o asegure alcanzar un resultado sustancialmente análogo o aceptable por esta última.

Vázquez García (2017, p. 122) destaca el alcance general del principio de conservación como canon hermenéutico de la totalidad del contrato, con proyección en el tratamiento de la eficacia contractual que se derive. En este sentido, en los términos de la STS, Pleno Sala Civil, 827/2012, de 15 de enero de 2013, este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado derecho contractual europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. De modo que la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comparte, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica.

Además, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotii* o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido<sup>16</sup>.

Véase cuando Betti (2000, p. 410) destaca que “es nulo el negocio que, por falta de algún elemento esencial, es inapto para dar vida a aquella nueva situación jurídica que el derecho apareja al tipo legal respectivo, en conformidad con la función económico-social que le es característica”. Pues bien, ya se desprende de esta afirmación vertida en el marco de la teoría general de la contra-

---

<sup>16</sup> SSTS, Sala 1ª, 488/2010, de 16 de julio; 261/2011, de 20 de abril; 301/2012, de 18 de mayo, 616/2012, de 23 de octubre.

tación, que para operar la nulidad absoluta no es suficiente con faltar un elemento esencial, sino que sin el mismo el contrato no sea apto para seguir siendo válido en una nueva situación jurídica.

Es aquí donde precisamente encontramos la labor científica argumentativa y de construcción jurídica en cuanto a distinguir entre elemento esencial como elemento definitorio del objeto principal del contrato, y elemento esencial como parte inescindible del negocio jurídico. Así pues, la nulidad parcial operará, amparada por el principio *favor negotii*, i) siempre que los contenidos contractuales afectados sean divisibles o separables del resto, y ii) haya base para afirmar que aún siguen concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede, por tanto, subsistir<sup>17</sup>.

Esa tendencia hacia la anulabilidad en la práctica judicial, respaldada por la doctrina científica mayoritaria, conlleva que esta también sea la solución respecto del concreto contrato bancario objeto de estudio. Solo cabe leer la SAP de Barcelona, Sec. 14ª, 158/2017, de 22 de marzo, la cual enjuiciando un supuesto de hipoteca multidivisa, resalta que “las Audiencias de distinta forma, pero todas ellas, se muestran favorables a reconocer la nulidad parcial; pues entienden que, aun sin la parte afectada, el contrato puede subsistir al mantenerse el adecuado y suficiente equilibrio prestacional perseguido por las partes al contratar”<sup>18</sup>.

A modo de corolario, en cuanto a la subsistencia del contrato, lo relevante será diferenciar entre elemento esencial o elemento inescindible de su objeto y causa. También se ha indicado que no cabe identificar “objeto principal” con “elemento esencial”<sup>19</sup>. Aquí, una vez más la construcción doctrinal va más allá del propio cuerpo normativo del Código Civil, el cual recoge en su artículo 1300 que los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 (consentimiento, objeto y causa) pueden ser anulados. Por esta razón, parece simple la tarea exegética mediante la cual, haciendo una interpretación literal, cuando concurren los elementos esenciales de la contratación, el negocio jurídico podrá ser susceptible de nulidad relativa. *Sensu contrario*, cuando el contrato carezca de alguno de estos elementos, no será susceptible de anulabilidad, sino de nulidad radical.

---

<sup>17</sup> Como se deduce de la doctrina plasmada en la popular STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo sobre cláusulas suelo y la STJUE, asunto C-23/13, de 30 de abril de 2014.

<sup>18</sup> Así, cita múltiples sentencias, como la SAP de Valladolid, Sec. 3, de 12 de enero de 2017 (JUR 2017, 62032); la SAP de Barcelona, Sec. 1ª, de 27 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 28795); la SAP de Zamora, Sec. 1ª, de 3 de enero de 2017 (JUR 2017, 24969); la SAP de Huelva, Sec. 2ª, de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 40254); la SAP de Guadalajara, Sec. 1ª, de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 18662); la SAP (sic), Sec. 14, de 19 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 26789).

<sup>19</sup> STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo, FJ 16.º.

Sin embargo, no nos podemos acoger al sentido común de nuestra norma sustantiva y tenemos que recorrer nuevamente a la jurisprudencia, la cual nos confirma que la declaración de nulidad de alguna de las cláusulas que contienen un elemento esencial de la contratación no supone, automáticamente, la imposibilidad de subsistencia del contrato. Así pues, ahora, más que la poda de un elemento esencial, será la imposibilidad de subsistencia del negocio jurídico el único elemento capaz de provocar una nulidad radical.

En síntesis, se ha impuesto la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, que considera que la cláusula multidivisa no forma parte inescindible de su objeto y causa. En consecuencia, no nos encontramos ante una condición esencial, toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euríbor), el negocio puede subsistir, de manera que no hay motivo para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

## VI. LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL EN EL PRÉSTAMO MULTIDIVISA

Precisamente para la supervivencia del contrato a partir del principio de conservación del negocio jurídico hay que tener en cuenta la importancia de la interpretación de los contratos. Además, el concepto de interpretación de los contratos debe deslindarse de otros conceptos que son afines pero no coincidentes, como son la integración y la conversión.

Si por interpretación entendemos la determinación del sentido y alcance de una norma jurídica, la interpretación del contrato no es sino idéntica determinación con respecto a la reglamentación intersubjetiva, que nace de una voluntad coincidente sobre un objeto y con un concreto fin económico-social (López y López, 2017, p. 11).

Así pues, como apunta López y López (2017, p. 15), la interpretación del contrato encierra una cuestión de derecho que tiene dos distintas vertientes. Una, consistente en la calificación del contrato, o determinación del tipo contractual, lo que conllevará la aplicación de una u otra reglamentación jurídica; otra, la integración del contrato, operación que resulta a veces necesaria teniéndose en cuenta que la interpretación no puede resolver nada porque nada quisieron al respecto los contratantes, o bien porque quisieron de manera inhábil para alcanzar la realización del propósito común, y el derecho aún favorece la conservación de ese propósito.

Concretamente, la integración tiene por finalidad determinar los efectos totales del contrato cuando estos no han sido plenamente completados por las partes. Las partes incluyen unas previsiones concretas en el contrato, pero si con ellas no determinan todos los efectos del mismo, con la integración se completan aquellas previsiones. Así, la integración se apoya en la calificación y esta en la interpretación, con un encadenamiento lógico y sucesivo (O'Callaghan, 2016).

La integración del contrato tiene como finalidad buscar reglas de la disciplina contractual que la declaración de voluntad no provee o proporciona, suponiendo un conjunto de heterodeterminaciones, al menos en sus caracteres más esenciales. La norma que se refiere a la integración del contrato es el artículo 1258 CC, que nos pone en conexión con auténticas fuentes de normas objetivas (López y López, 2017, pp. 16-17). No es desdeñable el hecho de que la jurisprudencia confirma que la protección específica de la normativa de consumidores es un desarrollo del artículo 1258 CC y que este precepto contiene una norma de control de validez de los pactos contrarios a la buena fe (Carrasco Perera, 2017, pp. 758-759).

De hecho, este precepto se constituye como una regla de integración contractual diseñada para colmar lagunas en la regulación pactada por las partes, para encontrar reglas jurídicas cuando estas son requeridas por el contrato tal como ha sido querido por las partes, y la persistencia de una laguna tuviera que ser considerada como un “fracaso” del plan convenido. Además, dicho sea de paso, se apela a este artículo 1258 CC como regla de integración (especialmente ocurre con la buena fe), para llegar a resultados que serían obvios igualmente sin su invocación (Carrasco Perera, 2017, pp. 473-478).

Precisamente se tomará la buena fe, que entroniza dicho artículo 1258 CC, como parámetro de interpretación contractual, apreciando la STS, Sala 1ª, 367/2016, de 3 de junio que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Esta sentencia prosigue indicando en su Fundamento Jurídico 5.º lo siguiente:

Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma moduladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente. (...) Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato.

Respecto de la posibilidad de moderación e integración judicial de las cláusulas abusivas, resulta que la normativa comunitaria en materia de consumo y su despliegue jurisprudencial por el TJUE ha impuesto posteriormente una diferenciación de dicho régimen en función de que nos encontremos o no ante un contrato de consumo. Esta diversificación finalmente ha resultado acogida legalmente por nuestro ordenamiento mediante el vigente artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE n.º. 287, de 30/11/2007), (en adelante, TRLGDCU)<sup>20</sup>; si bien comparte con

<sup>20</sup> A este artículo 83 TRLGDCU, por medio de la disposición final 8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se le añade un último párrafo: “Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.



la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE n.º. 89, de 14/04/1998) (en adelante, LCGC)<sup>21</sup> – artículos 9.2 y 10– el principio de conservación del contrato a partir de las disposiciones subsistentes, que ha establecido la imposibilidad de la moderación judicial de una cláusula abusiva salvo en contrato celebrado bajo condiciones generales de la contratación que no lo sea de consumo (Castillo, 2016, pp. 93-95).

Como que la búsqueda de la “voluntad conjetural o hipotética” como fundamento de la integración sería entrañar una cuestión de calificación muy difícil de atinar, la integración se reconduce en una gran medida a cuestiones de entendimiento del sentido y alcance de heterodeterminaciones operantes sobre el contrato, a través de normas de derecho objetivo, lo que supone salir de la interpretación del contrato como declaración de voluntad (López y López, 2017, p. 20). En consecuencia, quizás nos hemos apartado un poco de la casuística, y todo ello, como dice López y López (2017, pp. 18-19), ha llevado a los tribunales a fabricar un *standard* abstracto para toda persona razonable, apartándose de la auténtica voluntad subjetiva de cada individuo en el momento de la génesis contractual.

Con todo, como añade Carrasco Perera (2017, p. 479), es importante destacar que la función de integración no se limita a colmar lagunas de los elementos naturales o accesorios del contrato de que se trate. Existen igualmente en derecho dispositivo usos y reglas de la buena fe disponibles para integrar elementos esenciales del contrato.

Como sabemos, el efecto fundamental de la nulidad parcial consiste en la amputación de la cláusula viciada del contrato y la supervivencia del resto del negocio; ello demanda, necesariamente, la integración de la parte afectada por la nulidad (Álvarez Lata, 2004, p. 55). Por esta razón, ya venimos diciendo que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia de la tutela de las iniciativas negociales de los particulares, señalando, además, como en ciertos sectores dicho principio de *favor negotii* ha sido expresamente acogido. Así ocurre con las condiciones generales de la contratación o con las cláusulas abusivas en los contratos concertados con los consumidores<sup>22</sup>.

En este punto lo importante es ver cómo no habrá que aplicar únicamente las normas generales del Código Civil (básicamente el artículo 1258 CC). También interesa el análisis de cómo se confiere al juez facultades moderadores respecto de los derechos y obligaciones de las partes para que subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor.

---

<sup>21</sup> Como está señalado en el Preámbulo de la presente Ley 7/1998, esta “tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación”.

<sup>22</sup> STS, Sala 1ª, 241/2013, de 13 de mayo.



Como expondremos más detenidamente en el siguiente epígrafe, para llegar a la solución de la nulidad parcial es decisiva la normativa sustantiva específica sobre consumo, por lo que véase cómo el artículo 65 TRLGDCU ya nos impone la integración de los contratos en beneficio del consumidor, al disponer literalmente que “los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

Por su parte, el artículo 10 LCGC, sobre el alcance de la nulidad, determina en su apartado segundo que “la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”.

Como expone Álvarez Lata (2004, p. 58), el juzgador podrá entender más equitativo la reducción de la cláusula que su sustitución por el derecho dispositivo, en aras de reequilibrar y moderar los derechos y obligaciones de las partes. Es más, se desprende del mayor alcance que tiene el principio de conservación contractual en derecho de consumo, que solo si la labor integradora no alcanzara resultados satisfactorios, por provocar un desequilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes, la solución debería pasar por la ineficacia del contrato en su totalidad.

A pesar de todo, y a colación de lo anterior, el alcance del principio *favor negotii* en el préstamo multidivisa va mucho más allá, por ejemplo, que en las hipotecas con cláusulas suelo, dado que las implicaciones no son las mismas. La eliminación de la barrera limitadora del interés variable (suelo o techo) no conlleva la misma labor integradora que en el contrato multidivisa. Fíjense que en el primero se puede mantener operativo el contrato pese a la poda de la cláusula suelo, porque se seguirá operando en euros con referenciación al Euríbor, como ya se venía previendo y aplicando, pero sin la barrera limitadora.

En mi opinión, la estimación de la nulidad del clausulado multidivisa deja sin elemento esencial inescindible el negocio jurídico, quedando sin objeto ni causa (no habrá precio fijado para la contraprestación ni intereses para el reembolso del préstamo). En este caso sí que es imprescindible aplicar, además del principio de conservación del contrato, la solución de la integración mediante una sustitución de la cláusula, introduciendo nuevas estipulaciones distintas de las contratadas por las partes.

Al fin, el propio juzgador no solo mantiene el contrato, sino que transforma la cláusula en euros y la referencia al Euríbor, porque no podría este pervivir sin la sustitución del clausulado que ha declarado nulo. Prueba de ello es que los artículos 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio (CCo) exigen la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

## VII. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA RELATIVA AL DERECHO DE CONSUMO

Tradicionalmente, y en un marco de relaciones contractuales no presididas por la multiplicidad y la universalidad, el principio rector en derecho de obligaciones contractuales era el de *pacta sunt servanda*, al responder a la concepción del contrato entre partes en igualdad de condiciones. Con todo, esta concepción pactista, plenamente respetuosa con la autonomía de la voluntad, entró en crisis cuando se incorporaron a la realidad comercial las condiciones generales de la contratación (Blanco García-Lomas, 2014). Por dicho motivo, nos encontramos ante una nueva realidad contractual, en la cual, como indica la STS, del Pleno de la Sala Civil, de 9 de mayo de 2013, hemos pasado del diálogo individualizado al “monólogo de predisposición”.

Dado que la negociación en masa y no individualizada de los contratos se caracteriza por la desigualdad de la parte adherente (parte débil), el legislador comunitario consideró necesario abandonar el carácter liberal de la regulación contractual e introducir un cierto intervencionismo estatal para restablecer el equilibrio comercial. A estos efectos, el legislador comunitario ha querido otorgar una sobreprotección al consumidor, ocupante de una posición débil en la contratación adhesiva o en masa<sup>23</sup>.

La incidencia de la normativa especial de consumo es tal, que las mismas se apartan de los principios establecidos en el Código Civil y conforman un derecho contractual singular presidido por principios distintos, en particular, por el principio de protección del consumidor que lleva a desviaciones de ciertas reglas de los contratos de derecho común<sup>24</sup>. Esto es, por ejemplo, si el CC entroniza el principio de autonomía privada, que presupone, además, la igualdad de las partes contractuales; las leyes especiales de consumo parten de la premisa inversa: la desigualdad de partes y la configuración del consumidor como contratante débil, necesitado de protección adicional<sup>25</sup>. Es decir, si en derecho civil es caudal el artículo art. 1255 CC sobre la libre autonomía de las

---

<sup>23</sup> Las leyes especiales de consumo son el máximo exponente de la intervención del Estado social en las relaciones jurídico-privadas; al efecto, además, dan cumplimiento al principio constitucional de protección del consumidor del artículo art. 51 de la Constitución española (CE) y del artículo art. 153 del antiguo Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Se trata de un principio de orden público de protección, subsumible en la categoría de orden público económico (Álvarez Lata, ob. cit., 2004, pp. 23-24).

<sup>24</sup> Como señala (Álvarez Lata, 2004, pp. 38-39), citando a Pena López: “la legislación especial de consumo podría, como derecho especial, y en la medida de lo posible, auto-integrarse sobre la base de sus principios y normas, antes de acudir a la vis expansiva supletoria del Código Civil, ex art. 4.3 CC”.

<sup>25</sup> Esta desigualdad entre partes contratantes en derecho de consumo la explica de forma diáfana la STS, Pleno Sala Civil, 241/2013, de 9 de mayo, cuando indica que “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de

partes, en las leyes de consumo, por el contrario, se buscan fórmulas para restablecer el equilibrio contractual de partida, a través de normas imperativas que regulan las condiciones contractuales que se imponen a los consumidores, jugando importancia el criterio de justo equilibrio de las prestaciones (Álvarez Lata, 2004, p. 24).

Como antedicho, el legislador comunitario otorga una sobreprotección al consumidor sin querer eliminar el negocio jurídico que une a este con el predisponente, salvo que este no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula. Definida así la ineficacia diseñada para el derecho de consumo, argumenta Blanco García-Lomas (2014) que no podemos acudir a la categoría tradicional de ineficacia contractual. En este sentido, la nulidad diseñada por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante, Directiva 93/13/CEE)<sup>26</sup>, puede incluirse de lleno en el concepto de ineficacia en sentido estricto, diferenciándose de la invalidez contractual<sup>27</sup>.

Por dicho motivo, al estar dentro de la categoría de ineficacia contractual en sentido estricto, la nulidad de pleno derecho referida en el artículo art. 83 TRLGDCU no responde a la definición y efectos de las categorías clásicas de nulidad total y nulidad relativa<sup>28</sup>. Por ello, no podemos encajar la declaración de nulidad de una cláusula multidivisa en las categorías previstas en el artículo art. 1300 CC (nulidad y anulabilidad), ya que estas hacen referencia a una ineficacia que proviene desde dentro del negocio jurídico, cuando, como he señalado, la nulidad preconizada por la Directiva 93/13/CEE viene impuesta a un negocio intrínsecamente válido (Blanco García-Lomas, 2014).

De Castro, . En el supuesto de la nulidad funcional, el objetivo es depurar aquellos aspectos que incumplen las medidas o controles valorativos establecidos para garantizar la corrección de la cláusula y que su inserción en el contenido contractual se realice de manera transparente y leal<sup>29</sup>.

Por todo ello, Blanco García-Lomas (2014) predica, acertadamente, una categoría genuina de nulidad, propia del derecho de consumo, en que la nulidad total del contrato vulneraría los principios de conservación de los contratos y de protección del consumidor.

---

antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”.

<sup>26</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE núm.º. 95, de 21 de abril de 1993.

<sup>27</sup> Álvarez Lata (2009) argumenta esta distinción de la forma siguiente: el concepto de invalidez se imbuje cuando el vicio es intrínseco al negocio (defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud), mientras que concurre ineficacia en sentido estricto cuando por otra razón el negocio no produce efectos, por circunstancias extrínsecas, incluso por un no querer de las partes.

<sup>28</sup> Autores como Miquel González (2007, pp.139-162) muestran su rechazo a que la “nulidad de pleno derecho” en derecho de consumo sea una ineficacia semejante a la que representa para la doctrina dominante la anulabilidad. Más Mas esa ineficacia no se aleja en esto de otra construcción de la anulabilidad, que sostiene que la sentencia en el caso de la anulabilidad no es constitutiva.

<sup>29</sup> SAP Pontevedra, Sec. 1ª, 316/2015, de 22 de septiembre.

El derecho de consumo establece como consecuencia de esta declaración de nulidad la “expulsión” de la cláusula abusiva, si bien esto no determina *per se* y de forma automática la nulidad de todo el contrato. Por consiguiente, amparándose en el principio de conservación del negocio jurídico, el resto de reglamentación contractual permanece vigente, siempre que el contrato pueda subsistir sin dicha cláusula, pues así lo establecen expresamente los artículos 10 LCGC y 83 TRLGDCU (García-Villarrubia, 2016).

De hecho, la posibilidad de nulidad parcial de los contratos y la vigencia del principio *favor negotii* tiene favorable acogida en nuestra jurisprudencia –como se ha expuesto en el Ep. II: “Tendencia hacia la configuración de la nulidad como forma de invalidez”–. Del mismo modo, permítanme reiterar que en ciertos sectores dicho principio ha sido expresamente acogido. Así ocurre en derecho de consumo, con las condiciones generales de la contratación (art. 9.2 LCGC) o con las cláusulas abusivas en los contratos concertados con los consumidores (art. 83 TRLGDCU)<sup>30</sup>.

Por esta razón, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir<sup>31</sup>. A tal efecto, conviene reseñar lo dispuesto por el artículo 9.2 LCGC, previendo lo siguiente:

La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

La LCGC, en su redacción original<sup>32</sup>, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 lo siguiente:

Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

<sup>30</sup> SAP Barcelona, Sec. 14ª, 158/2017, de 22 de marzo, y STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo.

<sup>31</sup> STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo, FJ 16.º, al argumentar en su ordinal 266 acerca del principio *utile per inutile* en condiciones generales.

<sup>32</sup> En referencia a la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente hasta el 1 de diciembre de 2007).

En la actualidad, la previsión de la norma nacional concuerda con lo previsto en la Directiva 93/13/CEE, cuyo vigésimo primero considerando indica que

(...) los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia.

De manera análoga, en el artículo 6.1 de dicha Directiva europea se dispone que

Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor (...) las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Además, la normativa de consumo también incide en la procedencia de integrar el contrato con consumidores en caso de nulidad parcial. El artículo 83 TRLGDCU, respecto a la nulidad de las cláusulas, trata de restablecer el equilibrio interno del contrato admitiendo su integración. Así lo disponía el primer párrafo del antiguo artículo 83.2 LGDCU, a cuyo tenor “la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”<sup>33</sup>.

Asimismo, se otorgó al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido, estando habilitado para integrar el contrato modificando el contenido de la estipulación abusiva, puesto que en un primer momento, el segundo apartado del artículo 83.2 LGDCU<sup>34</sup> dispuso explícitamente que a estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Finalmente, reservó la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa para ambas partes, al recoger el párrafo tercero del citado precepto que “sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato”.

A la fecha, esta es la previsión que hace el citado artículo 83 TRLGDCU, la cual conviene reproducir:

<sup>33</sup> Esto ya deviene del artículo art. 10. bis de la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la LCGC.

<sup>34</sup> Antes de la modificación por el apartado veintisiete del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE n.º. 76, de 28 de marzo de 2014).

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

En suma, y sobre el objeto de estudio interesado, por influencia del orden público de protección al consumidor, se concede cierta flexibilidad o disponibilidad sobre la ineficacia –pero solo para el consumidor– que pudiera preferir la eficacia de un contrato irregular que su ineficacia. En este caso, es paradigmática la sanción en los casos de contravención de la forma (esencial) de algunos contratos con consumidores. Pues parece ser que el legislador ha optado por la anulabilidad en aras de la protección del consumidor, en lugar de lo que quizás –y vistos los principios contractuales clásicos de derecho civil– sería la lógica consecuencia: la nulidad de pleno derecho (Álvarez Lata, 2004, p. 40).

Todo este marco normativo que acabamos de exponer lleva a determinar, en palabras de Díez-Picazo (2007, p. 514), que existe una regla de prevalencia, en el sentido de que cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán estas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente. Su fundamento se encuentra en la idea de que las condiciones particulares reflejan mejor la voluntad de las partes. Asimismo, Díez-Picazo (2007, p. 515) también sostiene la vigencia de la regla de la interpretación más favorable para el adherente, resolviéndose las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras en favor del consumidor.

En conclusión, la opción vigente en la doctrina científica y jurisprudencial no es otra que declarar la nulidad relativa del contrato de préstamo multidivisa. En este sentido, se trata, en suma, de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multidivisa –aunque introduciendo la referenciación al Euríbor–, sin poder obviar que la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE –sentencia de 30 de abril de 2014, C-26/13 (asunto Kásler y Káslerné Rábai)– y a la protección de los consumidores. Por consiguiente, los tribunales interpretan que una nulidad radical sería contraria a la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas, al considerarse que produciría un efecto más perjudicial para el consumidor que para la entidad bancaria demandada, en la medida que aquel se vería obligado a devolver de una sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo. Por todo ello, se ha admitido la nulidad parcial del préstamo multidivisa con posibilidad de integración.

## VIII. LA PROHIBICIÓN DE REDUCCIÓN CONSERVADORA DE VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

Llegados a este punto y, como vemos, aun cuando la anulabilidad del clausulado multidivisa no parece ser cuestión candente, esto no debe ser óbice para cuestionarnos o, al menos, reflexionar sobre si la interpretación teleológica y hermenéutica para llegar a la solución actual es del todo coherente con nuestro ordenamiento positivo.

A propósito de todo lo anterior, es sumamente interesante incidir en la proscripción de lo que la doctrina denomina “reducción conservadora de la validez”, en cuanto, como expone Blanco García-Lomas (2014), la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto vs. Joaquín Calderón Camino) y la STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso Dirk Frederik) establecieron contundentemente cuál debería ser el efecto de la nulidad de una cláusula abusiva, que en ningún caso permite moderar, integrar o sustituir la cláusula contractual por otra cláusula en aplicación del derecho dispositivo; pues lo contrario supondría debilitar el efecto disuasorio, lo cual dificultaría la consecución del objetivo a largo plazo establecido en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE (García-Villarrubia, 2016).

Esta declaración obliga a hacer más hincapié aún acerca de la “naturaleza jurídica” de la declaración de nulidad del clausulado multidivisa, para tratar de comprender el alcance de la integración predicada por el artículo 83 TRLGDCU y formular una crítica acerca de la integración que se viene efectuando a fin de conservar, a toda costa, el contrato multidivisa.

A mi juicio, el antiguo redacto del artículo 83 TRLGDCU encajaba mucho mejor con la práctica de los tribunales de modificar el clausulado multidivisa, novándolo por la referenciación al Euríbor. Pues bien, reitero que anteriormente se desprendía del citado precepto que “el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes”.

En cambio, después de la reforma introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dicho artículo 83 TRLGDCU difumina la facultad moderadora del juez, llevándonos a una integración por la que el juez declarará la nulidad de las cláusulas abusivas del contrato, “el cual seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. Es más, vemos cómo en su redacción no se diferencia entre cláusulas accesorias o esenciales, por lo que parece querer abocarnos a una nulidad absoluta –solamente– en aquellos casos en que la poda de un pacto contractual impida la subsistencia del mismo.

Por este motivo, de la redacción del citado artículo 83 TRLGDCU (que se mantiene tras la modificación introducida por la Ley 5/2019, de 15 de marzo) no se puede desprender la interpretación de que se permita una sustitución o modificación de las cláusulas esenciales declaradas nulas. Esta proscripción de la denominada “reducción conservadora de la validez” bien es la tesis consolidada, por ejemplo, cuando se anula la cláusula accesoria de interés de demora (no pudiéndose sustituir por la norma dispositiva del interés legal del dinero –ex. artículo 1108 CC).

Por todo ello, parece que la STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso Dirk Frederik) había efectuado la declaración de que el contrato ha de pervivir sin la cláusula contractual declarada nula por abusiva, sin modificar, integrar o agregar contenido alguno, de tal forma que si el contrato no puede pervivir con la cláusula declarada nula, el contrato entero quedará tocado de nulidad (Blanco García-Lomas, 2014).



¿Cuál sería pues la fórmula de integración idónea que permitiría la subsistencia del contrato multidivisa? En todo caso, antes que modificar el tipo de cambio de divisa por el Euro, parecería más acorde con el sentido literal de la norma defender el argumento de la gratuidad en la operación del préstamo, evitando la sustitución de la cláusula multidivisa una vez aniquilada.

De hecho, con base en el artículo art. 1755 CC algunos letrados defienden en sus demandas el supuesto carácter gratuito del préstamo hipotecario multidivisa. Véase el artículo 1740 CC al establecer que “el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés”, y a continuación, el artículo 1755 CC dispone que “no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado”. Lo mismo establece el Código de Comercio en su artículo 314 al establecer que “los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito”.

Por tanto, vemos que nuestro ordenamiento positivo permite un contrato de préstamo sin intereses, en todo caso, cuando no se hayan pactado. Así, con la poda de la cláusula multidivisa referida al devengo de intereses vemos cómo, *a priori*, el contrato objeto de estudio podría seguir siendo perfectamente válido, llegando a una solución más acorde con el tenor literal del redactado vigente del artículo 83 TRLGDCU.

No obstante, teniendo presente los pactos plasmados de la escritura de préstamo hipotecario relativos a los intereses (ordinarios y variables), en nuestro caso no tiene cabida dicha solución porque sí ha habido un pacto *inter partes* en la fijación de unos determinados intereses. Y no solo por ello, sino que, además, el Alto Tribunal, en su sentencia de 28 noviembre 1997 (RJ 1997\8430), remitiéndose a la STS, Sala 1ª, de 17 de octubre de 1989 (RJ 1989\6928), determina que el contrato de creación del préstamo hipotecario es oneroso, no gratuito. En esta línea, la sentencia nos recuerda que “así lo demuestra el hecho de que el prestatario debe pagar intereses del capital prestado con otras compensaciones económicas (comisiones, etc.) constituyendo operación habitual de una entidad financiera que obtiene beneficios económicos mediante el ejercicio de esa actividad empresarial”.

Por su parte, la SAP Madrid, Sec. 18ª, 184/2015, de 27 de abril, afirma que, formalizado un contrato de préstamo hipotecario, estamos ante un contrato de préstamo de naturaleza esencialmente mercantil, en el cual no caben condiciones de gratuidad por ser el ánimo de lucro elemento inherente a la contratación bancaria. En definitiva, vemos como independientemente del pacto celebrado entre las partes sobre los intereses a devolver por la prestataria, el contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria es indudablemente, *per se*, un contrato oneroso.

Además, es importante destacar los efectos que implicaría dejar sin intereses el préstamo, ya que, pasando de un negocio jurídico oneroso a uno de gratuito, teóricamente más bien se trataría de una sanación contractual vía conversión; pues como bien apunta Díez-Picazo (2007, p. 590), citando a Albaladejo, hay conversión cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido, pero de otro tipo diferente.



Recogiendo esta idea, puede decirse que la conversión es aquel medio jurídico por virtud del cual un contrato o, en general, un negocio jurídico nulo, que contiene los requisitos sustanciales y de forma de otro contrato o negocio jurídico válido, puede salvarse de la nulidad quedando transformado en aquel contrato o negocio cuyos requisitos reúne. El fundamento jurídico de la conversión ha tratado de buscarse en la voluntad de las partes o de manera objetiva a través del principio de conservación del negocio (Díez-Picazo, 2007, p. 590)<sup>35</sup>.

En efecto, vemos como cómo esta solución de gratuidad de la operación, que pretendía ser más respetuosa con la integración del artículo art. 83 TRLGDCU, tampoco es válida. A modo de corolario, quizás lo más lógico sería que la nulidad del clausulado multidivisa conllevara la nulidad absoluta del contrato.

Ahora bien, ante la anunciada prohibición al juez de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, autores como Serra (2013, p. 22) ya clamaron que la misma podía ser una solución perjudicial para el consumidor. En palabras de esta autora, la doctrina sentada en la STJUE de 14 de junio de 2012 podía tener un

“efecto perverso para el consumidor, en todos aquellos supuestos de cláusulas abusivas que fijan un elemento esencial en los que el contrato no podrá subsistir sin la cláusula abusiva, por lo que procederá declarar la nulidad del entero contrato, cuando normalmente lo que interese al consumidor sea el mantenimiento del contrato eliminada la cláusula abusiva y sustituida por una regla que restablezca la igualdad entre las partes”.

A fin de permitir, al fin y al cabo, crear nuevos contratos modificando el contenido de elementos esenciales, ha tenido que ser muy perspicaz e imaginativa la labor de la doctrina, no sé si llamarla hermenéutica, que interpreta que existe un ámbito de integración ex antiguo artículo art. 83 TRLGDCU, con fundamento en el artículo art. 1258 CC, ya que entiende que el derecho dispositivo desempeña un papel fundamental como paradigma de ordenación equilibrada de los intereses de las partes (Serra, 2013, p. 22).

En este sentido, Blanco García-Lomas (2014) cita al autora Marín López como defensor de dicha tesis, el cual asegura que no hay una derogación tácita del anterior artículo art. 83.2 LGDCU, sino que la imposibilidad de reducir o moderar las cláusulas reputadas abusivas no opera en todo caso, sino sólo solo en aquellas cláusulas cuantitativas susceptibles de reducción parcial, como sucede

---

<sup>35</sup> Según Betti (200, p. 591), dos requisitos son necesarios para que la conversión pueda aparecer. En primer lugar, es preciso que el contrato nulo pueda ser utilizado por suministrar los requisitos y elementos esenciales de otro contrato diferente; en segundo lugar, es menester que este segundo contrato, aun no habiendo sido querido por las partes, ni siquiera de una manera eventual, quede dentro de la órbita del interés práctico por ellas perseguido.

con las cláusulas de intereses y penales. Fuera de estos casos, el artículo art. 83.2 LGDCU puede seguir desplegando efectos.

Partiendo de este razonamiento, cuanto menos inconsistente y forzado, en la práctica judicial vigente hay una directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva al ser sustituida. Del mismo modo, la inaplicación del contenido multidivisa es perfectamente posible sin tener que declarar la nulidad total del contrato, por entenderse que resultaría contrario a la finalidad de la protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRGDCU, ya que la misma produciría un efecto mucho más perjudicial para los consumidores que para la entidad bancaria, al verse obligados a devolver en una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada a largo plazo. En suma, recuerda Carrasco Perera (2017, pp. 788-789) que el TJUE ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

En este sentido, con posterioridad a las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013 primeramente citadas, en la materia que nos ocupa ha recaído la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013) basada en un supuesto procedente del derecho húngaro en cuyo ámbito, y por aplicación expresa de sus preceptos, la nulidad por abusiva de la cláusula que define el objeto principal del contrato de préstamo imposibilita –a criterio del juzgado nacional de aquél país al que corresponde la decisión del litigio– la subsistencia del resto del contenido contractual. Con todo, considera el TJUE que, en exclusivo beneficio del consumidor, la integración contractual con una disposición supletoria del derecho húngaro no entra en contradicción con el artículo art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, ya que consigue el resultado de que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula y siga obligando a las partes (Sánchez García, (2014, pp. 17-19).

Por esta razón, como comenta Castillo (2016, pp. 93-95), resulta esencial la admisión de la integración contractual con una norma de derecho supletorio nacional exclusivamente en beneficio de la persona consumidora. En definitiva, es admisible establecer que la viabilidad de la posibilidad de integración contractual debe asentar en la circunstancia de si la misma favorece al profesional o bien al consumidor, pues exclusivamente en este último supuesto habrá que concluir su procedencia.

Aun así, como afirma el citado Carrasco Perera (2017, p. 789), en verdad, el propósito radical de la jurisprudencia comunitaria no es factible en su totalidad y la misma doctrina es equívoca. Como sustenta Blanco García-Lomas (2014), pienso que la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto vs. Joaquín Calderón Camino) prohíbe cualquier modificación o integración del contrato, y únicamente prescribe eliminar la cláusula contractual abusiva del contrato, encomendando al Juez juez comunitario exclusivamente la labor de efectuar un juicio de validez sobre el resto del contrato. En

esta línea, me parecería más satisfactorio que el juez debiera valorar si el contrato puede subsistir sin la cláusula declarada nula, pero no pudiera incorporar efectos obligacionales mediante la labor de integración que ordenaba efectuar el antiguo artículo art. 83.2 LGDCU.

A mayor abundamiento, aunque en la actualidad parezca que esté prohibida la nulidad absoluta del contrato multidivisa, la propia normativa en derecho de consumo (*vid.* artículos arts. 9.2 y 10 LCGC) permite al juez aclarar la eficacia del contrato declarando la nulidad del mismo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (artículo art. 1261 CC). Solo hace falta leer el contenido literal de este artículo art. 9.2 LCGC, que dispone que la sentencia estimatoria “declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”.

## CONCLUSIONES

1. Ciertamente estamos ante una **nueva realidad contractual**. Si antes se partía del principio de autonomía privada y del *pacta sunt servanda*, respondiendo a la conceptualización del contrato como un negocio jurídico perfeccionado en igualdad de condiciones entre las partes, en contratación bancaria ha desaparecido la negociación individual tradicional para dar paso a las cláusulas predispuestas.

Ante este nuevo horizonte, el legislador comunitario ha querido otorgar una sobreprotección al consumidor, ocupante de una posición débil en la contratación en masa. Esto ha llevado a un intervencionismo estatal en materia de consumo.

2. En el Código Civil español hay una falta de rigor técnico y defectuosa categorización en materia de nulidades. Las figuras de la nulidad y la anulabilidad aparecen terminológicamente confundidas.

Se constata una innegable **tendencia expansiva de la anulabilidad en materia contractual**, sobre todo a nivel jurisprudencial, que deja a ciertos artículos del Código Civil (1261 de elementos esenciales, 1310 de imposibilidad de confirmación contrato si falta algún elemento esencial, etc.) con necesidad de ser reformulados. Se utiliza, en definitiva, la anulabilidad como vía para huir de la nulidad pese a podar un elemento esencial de la contratación. A pesar de ello, en derecho de consumo, paradójicamente se habla de “nulidad de pleno derecho”, terminología que, sin duda, puede llevar a equívocos.

En mi opinión, la aplicación expansiva del régimen de anulabilidad no tendría que ser necesariamente incondicional, porque el panorama de las patologías negociales no se acomoda a un régimen dual (nulidad-anulabilidad). Con todo, se está primando el criterio funcional del interés particular, a costa de desnaturalizar la propia anulabilidad y causar una

confusión entre la delimitación de nulidad y anulabilidad. Por esta razón, cuanto menos sería necesario diagnosticar los términos en los que deben caracterizarse ambas categorías.

3. Uno de los exponentes en derecho de consumo es precisamente la **consolidación de un sistema de nulidad distinto al del sistema general** dispuesto por el artículo art. 1300 CC, con la particularidad de la apreciabilidad de oficio.

El artículo art. 83 TRLGDCU no responde a la definición y efectos de las categorías clásicas de nulidad total y nulidad relativa. Así pues, no podemos encajar la declaración de nulidad de una cláusula multidivisa en las categorías previstas en dicho artículo art. 1300 CC, ya que estas hacen referencia a una ineficacia que proviene desde dentro del negocio jurídico, cuando, como he señalado, la nulidad preconizada por la Directiva 93/13/CEE viene impuesta a un negocio intrínsecamente válido.

De ello se deriva **un marco de ineficacia funcional**, pues la expulsión del negocio jurídico del clausulado contractual obedece a la decidida voluntad del legislador comunitario de restablecer el equilibrio negocial perdido por la contratación en masa. En derecho de consumo se trata de una nulidad de pleno derecho, pero sólo de eficacia relativa.

4. **La anulabilidad emana como principio general en derecho consumo.** Es más, prácticamente se constata la imposibilidad de un pronunciamiento judicial de nulidad absoluta del contrato de préstamo multidivisa, quedando este régimen de nulidad desvirtuado. Nos encontramos en un marco general en el cual solo es viable el régimen de nulidad parcial, con un alcance casi absoluto del principio de conservación del negocio jurídico.

Ante esto, **el debate sobre los elementos esenciales de la contratación puede devenir estéril**, más allá que en presencia de cláusulas que contengan dichos elementos, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, pero sí puedan ser sometidas a un doble control de transparencia y declararse igualmente nulas.

En derecho de consumo, la doctrina aplica **una distinción entre elemento esencial del contrato y los elementos conformantes del objeto principal como parte inescindible**. Sin embargo, el elemento decisivo en nuestra legislación es simplemente si el contrato es o no un contrato de adhesión, dado que la expulsión de elementos accesorios o esenciales del contrato conllevará el mismo régimen de nulidad: la anulabilidad.

5. A pesar de que en la nueva redacción el nuevo redactado del artículo art. 83 TRLGDCU se ha suprimido la dicción “facultad moderadora” para el juez y, de igual forma, pese a existir la doctrina de la prohibición de integración como reducción conservadora de validez de las cláusulas abusivas, la realidad es que **finalmente el TJUE ha habilitado al juez nacional**

**a sustituir las cláusulas declaradas nulas.** El razonamiento parte de que la nulidad del contrato multidivisa en su totalidad iría en detrimento de la posición jurídica del consumidor, el cual tendría la obligación de devolver toda la cuantía que se le hubiese prestado como consecuencia de la restitución recíproca de las obligaciones. Dicha tesis sostiene que la sustitución de cláusulas también se ajusta al objetivo del artículo art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, al restablecer el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. En consecuencia, **solo cabría apreciar una nulidad total cuando, a pesar de todo, se dé presente una situación no equitativa entre las posiciones de las partes** en la relación contractual.

No obstante, considero que el propósito radical de la jurisprudencia comunitaria no es factible en su totalidad y la misma doctrina es equívoca. Si todo vale para la conservación contractual y el propósito no es otro que no ir en perjuicio del consumidor como parte protegida, ¿no sería más beneficioso para él eliminar la cláusula multidivisa y mantener el contrato sin interés alguno, instaurando la gratuidad en la operación del préstamo?

6. El principio de conservación del negocio jurídico, con la sanación mediante integración, supone que el juzgador podrá entender más equitativo sustituir propiamente la cláusula esencial de capital prestado en divisa a capital en euros y referenciado a otro índice (Euríbor), en aras de reequilibrar y moderar los derechos y obligaciones de las partes. Por lo que, al margen de la opinión que nos pueda suscitar la atribución de estas facultades al juez, lo que es incontestable es que ello supone la irrupción del juez en la vida del contrato y, por ende, una judicialización importante del derecho de los contratos, con el riesgo que lleva aparejado.

Acorde con la orientación del redactado normativo, el principio de conservación del negocio jurídico se debe considerar, no solo como canon hermenéutico que habilite a un alcance absoluto del mismo para preservar todo contrato de consumo –como ocurre en la actualidad–, sino como principio general del derecho que permita estimar una nulidad radical cuando la nulidad afecte a un elemento esencial de la contratación, como en la contratación multidivisa, evitando obligar al juez a crear un nuevo contrato con la inclusión de nuevos pactos.

7. En definitiva, a lo largo de esta investigación he intentado socavar la inconsistente solución actual de estimar la nulidad relativa del clausulado multidivisa, su integración y el alcance cuasi absoluto del principio de conservación.

Finalmente, a mi juicio, con la **prohibición de reducción conservadora de la validez** se mantendría la doctrina de la integración más acorde con el principio de conservación, preservando la esencia propia del derecho contractual clásico. Además, considero que esta solución sería más coherente y consistente con el propio redactado actual de la normativa especial de derecho de consumo (artículos arts. 9.2 y 10 LCGC y artículo art. 83 TRLGDCU).

## REFERENCIAS

- Álvarez Lata, N. (2004). *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español: análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Álvarez Lata, N. (2009). "La invalidez contractual en el derecho de consumo. Nuevas perspectivas desde el TRLGDCU". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 45.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. et al. (2008). *Manual de introducción al derecho: introducción al derecho: Derecho Civil Patrimonial*. (4.ª ed.), Madrid: Bercal.
- Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*, . Granada: Comares.
- Blanco García-Lomas, L. (2014). "La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (Art. 83 TRLGDCU)". *La Ley Mercantil*, n.º 3, 30-46.
- Carrasco Perera, A. (2007). "Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores". En J. Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: Contratos un sistema en evolución*. (pp.139-162). Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 139-162.
- Carrasco Perera, A. (2017). *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- Casasayas, M. (2017). "El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos". *Revista de Derecho Civil*, 4.º (1), 125-161.
- Castán Tobeñas, J. (2008). *Derecho civil español, común y foral.: Tomo III: Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. XVII ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero., Madrid: Reus: Madrid..
- Castillo Martínez, C. del C. (2016). *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca: negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Clavería Gosálbez, L. H. (2007). "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato". En J. Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: Contratos un sistema en evolución*. (pp.59-88). Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 59-88.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción teoría del contrato*. (pp. 6.ª ed., ). Edición, Cizur Menor, : Thomson Civitas.
- Egusquiza, M. Á. (1999). *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y la anulabilidad del contrato*. Pamplona: Aranzadi.
- García-Villarrubia, M. (2016). "Efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas". *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 43.
- López Beltrán de Heredia, C. (1995). *La nulidad contractual: consecuencias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LópezLópez y LópezLópez, Á. M. (2017). *La interpretación de los contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Miquel González, J. M. (2007). "La nulidad de las condiciones generales". En J. Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: Contratos un sistema en evolución*. (pp.139-162). Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 139-162.
- Navas, J. I. (2015). *Hipoteca multidivisa. Como conseguir la nulidad parcial del préstamo*. Navarra: Aranzadi.
- O'Callaghan Muñoz, X. (2016). "Interpretación de los contratos". *Revista de Derecho vLex*, n.º 708.
- Pasquau Liaño, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Navarcarnero: Civitas.
- Raga Gil, J. T. (dir.) y Berrocal Lanzarot, A. I. (coord.), et al. (2016). *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson.
- Ramón Fernández, F. (2012). "Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia en el derecho español". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 19, 63-114.
- Rosa Lucena, F. (2014). "Calificación de los derivados financieros tóxicos: nulo o anulable. Recuperado de: " [en línea], disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10132-calificacion-de-los-derivados-financieros-toxicos:-nulo-o-anulable/> [consultado el 11 de junio de 2018].
- Sánchez García, J. M. (2014). "El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo". *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 1-22.
- Serra Rodríguez, A. (2013). "Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. Estudio doctrinal". *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2153, 1-25.
- Vattier Fuenzalida, C. (2007). "Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de contratos". En J. Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: Contratos un sistema en evolución*. (pp.13-57). Cizur Menor: Thomson Aranzadi., 13-57.
- Vázquez García, D. (2017). *La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo.*, Hospitalet de Llobregat:, Wolkers Kluwer.



**Revista de  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN  
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.55.345.73>

# **Conflictos laborales y administración de justicia. Tribunal del Trabajo de Cali, 1946-1958\***

*Labor Disputes and Administration of  
Justice. Cali Labor Court, 1946-1958*

**NATALIA MENDOZA RENDÓN**

Licenciada en Historia de la Universidad del Valle. Magíster en Estudios Sociales y Políticos de la Universidad Icesi. Ciudad: Cali, Colombia. [natalia.mendoza@correounivalle.edu.co](mailto:natalia.mendoza@correounivalle.edu.co)

\* Este artículo fue presentado como parte de los requisitos para obtener el título de magíster en Estudios Sociales y Políticos de la Universidad Icesi. Además, hace parte del proyecto “Conflictos laborales ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali entre 1947 y 1989”, que actualmente desarrolla el Centro interdisciplinario de Estudios Sociales (CIES) de la Universidad Icesi y el Centro de Investigaciones y Documentación Socioeconómica (CIDSE) de la Universidad del Valle; además, contó con el apoyo de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

## Resumen

Este artículo indaga sobre la aplicación de la ley desde las sentencias judiciales emitidas por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali entre 1946 y 1958. Se analizan las interacciones entre las instituciones administradoras de justicia y los diferentes actores que se relacionaron con ellas en una doble vía: desde los reclamos de trabajadores y patrones, que involucraron discursos sobre el funcionamiento y protección que demandaron del Estado cuando acudieron al Tribunal, y desde los argumentos de los jueces en relación con la puesta en práctica de las regulaciones del campo del trabajo. Estas interacciones dieron cuenta no solo de conflictos producto de las relaciones laborales, sino de las instancias judiciales como espacios en disputa, en los cuales los usos de la justicia evidenciaron las fluctuaciones entre control y agencia que se jugaban los actores en cada litigio.

### PALABRAS CLAVE

Tribunal del Trabajo, Cali, justicia laboral, trabajadores, poder, expediente judicial.

## Abstract

The article investigates the application of law in the judicial rulings issued by the Sectional Labor Court of Cali between 1946 and 1958. The analysis of the interactions between the institutions administering justice and the different actors is twofold: from the claims of workers and employers, which involved speeches about the operation and protection that they demanded from the State when they went to the Court, and from the arguments of the judges in relation to the implementation of the regulations of the field of work. These interactions not only accounted for conflicts arising from labor relations, but also from the courts as disputed spaces, in which the uses of justice showed the fluctuations between control and agency as the actors fought for them in each litigation.

### KEYWORDS

Labor Court, Cali, labor justice, workers, power, judicial file.

## I. INTRODUCCIÓN

El campo jurídico ha constituido un marco de interpretación para analizar la administración de justicia y el funcionamiento social de la ley en perspectiva histórica; sin embargo, los conflictos laborales que llegaron a las instancias judiciales y los procesos emprendidos para regular las relaciones laborales a mediados del siglo XX han sido poco estudiados en el caso colombiano.

Partiendo de las sentencias judiciales emitidas por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali entre 1946 y 1958, se busca dar cuenta de la forma en que se desarrolló la dinámica judicial en sus primeros años de implementación. Más allá de oponer la estructura institucional a los individuos, se pretende dar cuenta de cómo demandantes, demandados y funcionarios judiciales hicieron uso de un marco legal especializado y manifestaron sus apreciaciones sobre el funcionamiento de la justicia laboral.

En términos metodológicos, las limitaciones que presentan las fuentes judiciales para los estudios históricos son relevantes, ya que, en tanto evidencias institucionales, es muy poca la información que arrojan sobre sus efectos en el entramado social y los procesos de cambio en la cultura jurídica de los actores en una época (Villegas del Castillo, 2006), por ello parte del abordaje involucra analizar los límites y posibilidades de éste tipo de documentos.

Teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo se propone articular las dos perspectivas señaladas: la justicia laboral en tanto capacidad de control institucional sobre los actores a través de la aplicación del derecho, pero a la vez como un escenario para agenciar ciertas reclamaciones enmarcadas en las reglas de juego de un fuero especializado, al que se le atribuyó un carácter proteccionista a favor de los asalariados (Avella Gómez, 2012).

Además de constituirse en un periodo de implementación, el marco temporal de esta investigación se encuentra inmerso en un contexto histórico caracterizado por el desarrollo industrial y el aumento demográfico, paralelo a la crisis social y política que vivió el país a partir de 1948 con la agudización de la violencia bipartidista, la instauración del estado de sitio y la dictadura militar. Si bien en varios momentos del artículo se hace mención a ciertas dinámicas regionales, queda pendiente para otras investigaciones analizar los efectos de este periodo de cambios políticos y violencia en relación con el funcionamiento del aparato judicial<sup>1</sup>, específicamente con las instituciones laborales.

El orden que se seguirá en este artículo partirá del contexto de mitad del siglo XX, haciendo énfasis en la ciudad de Cali y el Valle del Cauca. Seguidamente se abordarán algunos referentes conceptuales, la metodología y la discusión sobre las fuentes judiciales. Después se mostrará un conjunto

---

<sup>1</sup> Un ejemplo sugerente sobre las interacciones entre el contexto y las instituciones judiciales en perspectiva histórica son los trabajos del profesor Mario Cajas Sarria (2014 y 2015).

de casos sobre diferentes tipos de reclamaciones que llegaron al Tribunal del Trabajo, con el objeto de evidenciar los actores, discursos e interacciones presentes en las sentencias judiciales, para finalizar con las conclusiones.

## II. CONTEXTO: CALI AÑOS CINCUENTA

Los tratados de paz que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial propiciaron el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, estableciendo convenios entre los países miembros, tendientes a institucionalizar las reclamaciones obreras por la vía de la justicia social, y así evitar que se transformaran en acciones revolucionarias (Stagnaro, 2012). En este sentido, el derecho laboral latinoamericano se consolidó en el periodo entreguerras, inicialmente con el objeto de controlar, más que proteger a los trabajadores, mediante la judicialización de los conflictos laborales colectivos como problemas de orden público (Villasmil Prieto, 2015).

Argentina, Brasil y México fueron pioneros en la creación de leyes sociales y dependencias estatales para la regulación laboral<sup>2</sup>. Palacio (2011) señala que dichos países tuvieron en común gobiernos populistas interesados en la industrialización nacional, sumado a la aprobación de una nueva legislación y su puesta en práctica a través de organismos específicos. De allí que la contemporaneidad de las leyes y los organismos laborales en América Latina para la primera mitad del siglo XX propiciara la circulación de referentes teóricos, fuentes jurídicas y experiencias comunes.

Colombia ingresó a la OIT en 1919 y de manera progresiva ratificó la mayoría de sus convenios en articulación con la política expansionista de los años treinta. Entre muchas propuestas, la OIT exhortaba a los Estados miembros a la codificación de sus leyes y al desarrollo de procesos de sistematización jurídica. Si bien esta implementación se derivó más de los acuerdos internacionales que del accionar del gobierno local, gran parte de los cambios también se debieron a la gestión normativa por parte de las organizaciones sindicales; de allí que el surgimiento del Instituto de Seguros Sociales para atender la invalidez laboral, así como la creación de organismos técnicos y de inspección del trabajo en el país, contó con la presión de diferentes sectores sociales interesados en una legislación laboral que promoviera el bienestar social (Avella Gómez, 2012).

Paralelo a la construcción de una legislación especializada, los gobiernos colombianos de mitad del siglo XX tuvieron que afrontar el desarrollo industrial, acompañado de una agudización de la

---

<sup>2</sup> Aunque algunas leyes protectoras del trabajo existieron previas a los gobiernos populistas, la mayor cantidad de regulaciones sociales y laborales fueron producidas en los años treinta y cuarenta. México promulgó en 1931 la Ley Federal del Trabajo, Brasil consolidó las Leyes del Trabajo en 1943 y Argentina bajo el primer gobierno de Perón reglamentó el trabajo rural (1944) y se crearon los Tribunales del Trabajo a nivel nacional entre 1945 y 1947 (Palacio, 2011).

violencia bipartidista, que repercutió en el desplazamiento de los campesinos a las ciudades y el incremento del desempleo (Oquist, 1978). En el plano laboral, se dictaron disposiciones que dieron origen al Tribunal Supremo (1946-1957), tribunales seccionales y juzgados del trabajo a nivel local, que debían orientarse bajo un marco institucional que propendía por proteger los derechos individuales y ejercer una mayor control sobre los derechos colectivos, que se condensaron en el Código Sustantivo del Trabajo, expedido en 1950 (Avella Gómez, 2012).

Todo este proceso de consolidación de la justicia laboral estuvo atravesado, tras el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán en 1948, por una intensificación de la represión estatal y el desencadenamiento de acciones violentas que iniciaron en el centro del país contra el gobierno de Mariano Ospina Pérez. Los colectivos obreros entraron en confrontación ante las prohibiciones a la libre reunión y el ejercicio sindical producto del estado de sitio, medidas restrictivas que se extendieron con el golpe militar del general Gustavo Rojas Pinilla y la instauración de un gobierno dictatorial entre 1953 y 1957 (Nemogá Soto, 2001).

Las dinámicas regionales no estuvieron ajenas a los anteriores acontecimientos. Una imagen general del Valle del Cauca desde finales de los años veinte muestra un auge de los procesos de industrialización, acompañados de una creciente conflictividad social (Garzón, 2018). La ciudad de Cali, receptáculo de las migraciones y espacio donde se materializó parte de la modernización urbana, también se consolidó como escenario de articulación de diferentes demandas que involucraban luchas obreras, exigencias por el aprovisionamiento de servicios públicos y disputas partidistas por el control de la institucionalidad (Charry Joya, 2011).

La confrontación se radicalizaría para la década de los cuarenta, con la delimitación de dos sectores en pugna: una élite principalmente azucarera, comerciante y terrateniente; de otro lado, sectores populares compuestos por obreros, campesinos, artesanos y algunos profesionales de los sectores de las comunicaciones y los transportes principalmente (Charry Joya, 2011).

La implementación de políticas sociales promovidas por los gobiernos liberales de los años treinta, en especial la reforma constitucional de 1936, posibilitaron el fortalecimiento de las agremiaciones laborales como la Federación de Trabajadores del Valle (FEDETAV), que aglutinó diferentes sindicatos regionales, a lo que se sumó la formación del Centro Obrero del Ingenio Manuelita, el Sindicato de Trabajadores de los Ferrocarriles y diferentes asociaciones campesinas (Nemogá Soto, 2001).

Sin embargo, este mayor posicionamiento de diferentes sectores populares también agudizó la confrontación, las reclamaciones por el cumplimiento de la Ley Sexta de 1945, en lo concerniente a las jornadas laborales, y la protección del ejercicio sindical. Según Charry Joya (2011), para 1946 el censo sindical reportó más de 15 000 trabajadores afiliados a más de 120 sindicatos en Cali, con una alta actividad de movilización y presión colectiva.

Esta importante reactivación del desarrollo industrial, además, estuvo alentada por la inversión extranjera en diferentes sectores productivos (manufactura, construcción, transporte, comunicación, etc.). Como lo refiere Edgar Vásquez (2001), para 1944 el número de empresas creadas en el Valle del Cauca se duplicó, concentrando el área metropolitana de Cali-Yumbo el 60 % del empleo en un periodo de auge industrial que se extendió hasta 1958; a ello se sumó una expansión demográfica y migratoria acelerada, que no tardó en evidenciar gran variedad de conflictos, ante las brechas étnicas, sociales y laborales, que emergían en medio de las dinámicas ciudadanas (Loaiza Cano, 2012).

La industrialización en Cali evidenció el cambio de una dinámica comercial basada en la importación de bienes de consumo a una de producción local; de allí que la década del cuarenta presentara un crecimiento en la fundación de establecimientos comerciales productores de alimentos procesados, textiles, madera, caucho, cuero, metalurgia, etc., así como una aceleración en la producción de bienes intermedios y de capital, incentivada principalmente por la inversión extranjera (Vásquez Benítez, 1990).

De allí que la fundación de la Universidad del Valle en 1945 estuvo vinculada a los requerimientos de profesionales y personal calificado, en un proceso de consolidación del sector industrial en el área metropolitana Cali-Yumbo, con diferentes industrias, entre las que Vásquez (1990) menciona: Cementos del Valle, Good Year, Cartón de Colombia, Fruko, Quaker, Maizena, Alean, Monark, Guillelte de Colombia, Colgate Palmolive, Lanera del Pacífico, entre otras.

De esta forma, el surgimiento de instancias especializadas como los Tribunales del trabajo hizo parte de los procesos de institucionalización de la justicia laboral, emprendidos desde 1945 por gobiernos liberales, en respuesta a los desarrollos industriales que requerían de un mayor control de la conflictividad en torno al trabajo, en un país que se insertaba en prácticas económicas concentradas en la productividad de las industrias y su articulación a un mercado internacional (Villasmil Prieto, 2015).

Durante el gobierno militar, mientras se hacían efectivas las restricciones a los derechos colectivos en el plano laboral –lo que incluía neutralizar la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), principal agremiación del país–, el presidente creó la Confederación Nacional de Trabajadores (CNT). El Decreto 0616 de 1954 reformó el Código Sustantivo del Trabajo, estableciendo causas de despido para trabajadores sindicalizados y dando competencia a los inspectores de trabajo para conocer sobre los juicios de fuero sindical<sup>3</sup>, mientras desde el Ejecutivo se incentivaba a los

---

<sup>3</sup> En la década del cincuenta, las disposiciones legales esencialmente modificaron el Código Sustantivo del Trabajo, incluso sin haber entrado en vigencia; por ejemplo, el Decreto 3743 de 1950 estableció modificaciones producto de las observaciones realizadas por las asociaciones patronales y de trabajadores, así como lo discutido por los especialistas en derecho del trabajo. Otros decretos se enfocaron en reglamentar los escenarios de concertación

trabajadores a formar parte de la naciente central obrera, constituida a la medida de los intereses de Rojas Pinilla (Silva Romero, 2000).

El panorama en Cali permite evidenciar un proceso de modernización ligado a la expansión urbana y el desarrollo industrial, acompañado del aumento de la población trabajadora, pero también a la crisis provocada por la violencia bipartidista y el cambio en las condiciones políticas durante el periodo, elementos que en su conjunto muestran un escenario relevante para analizar el desarrollo de la justicia laboral en Cali.

### III. EL PODER EN LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO: ESCENARIO DE CONTROL Y AGENCIA

El punto de partida será una aproximación a la noción de *poder*, que aquí se restringirá a los aspectos más pertinentes para este estudio, siguiendo a autores como De Certeau (2004) y Villegas del Castillo (2006), buscando observar las relaciones de poder en una doble vía, tanto mecanismo de control como escenario de agencia. De este modo es relevante preguntarse: ¿Cómo se ejerce el poder en los Tribunales Laborales? ¿Cómo responden los actores en dichos escenarios y viabilizan sus intereses?

El énfasis está puesto en los discursos de los actores que interactuaron en el interior de la institucionalidad judicial, estructura encarnada principalmente por los magistrados del Tribunal y los jueces de primera instancia, seguida de los abogados de las partes como mediadores entre el saber experto y los usuarios de la justicia, finalmente se encuentran algunos trabajadores y patrones<sup>4</sup> que movilizadas por diferentes conflictos laborales acudieron a interponer sus reclamaciones ante las instancias judiciales.

Michel de Certeau (2004) plantea los conceptos de estrategia y táctica para analizar las relaciones de poder, en tanto dominación y agencia, preguntándose por cómo se lleva a cabo el control y cómo responden a esta pretensión de dominación los individuos. De esta manera, las estrategias se refieren a los lugares particulares desde donde se ejercen las relaciones de poder, mientras que las tácticas emergen ante la ausencia de un lugar propio, para convertirse en las formas en que los individuos responden a los órdenes establecidos (De Certeau, 2004).

---

laboral bajo la mediación del Estado, así se creó el Consejo Nacional Sindical para aglutinar las confederaciones de trabajadores existentes (Decreto 3111 de 1954) y se constituyeron comisiones paritarias para la fijación del salario mínimo (Decreto 1156 de 1955).

<sup>4</sup> La palabra “patrón” es recurrente en las sentencias para denominar al empleador, persona natural o jurídica que emplea a otra para realizar un trabajo. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 50 de 1990, la expresión “patrón” fue reemplazada por el término “empleador”.



Sin embargo estas categorías no son estáticas, un mismo actor puede hacer uso de estrategias y tácticas de acuerdo con el contexto. Las instancias judiciales, comúnmente analizadas como escenarios de castigo y control de la criminalidad, también pueden verse de otra manera; el caso de los Tribunales del Trabajo, desde su reglamentación, planteaba la inequidad de las relaciones laborales, lo que obligaba a favorecer al trabajador en el reconocimiento de sus derechos, posibilitando ciertas estrategias por parte de estos para hacer uso del poder otorgado por la ley.

Autores como E.P. Thompson (1995) se refieren a la existencia de dos conciencias teóricas, señalando que “los individuos actúan condicionados por dos dimensiones distintas: por un lado, proceden necesariamente de conformidad con el estatus quo y por el otro, se rebelan en contra del orden establecido” (Villegas del Castillo, 2006, p. 33). Esto sugiere una situación de equilibrio, en la que los individuos no se ubican de un solo lado, las acciones transitan entre la rebeldía y el sometimiento en órdenes sociales con altos niveles de control. Este enfoque resulta importante para no asumir una relación un tanto dicotómica entre opresores y dominados.

Estos referentes teóricos permiten analizar las prácticas de demandantes y demandados como acciones insertas dentro de estructuras sociales y culturales dominantes de una época particular. De este modo, los tribunales ejercieron formas de control social sobre trabajadores y patrones, aplicando la reglamentación creada que definían las relaciones de trabajo, por ejemplo, lo que debería entenderse por un contrato laboral y las condiciones que permitirían reconocer las partes en las relaciones laborales.

Sin embargo, las controversias objeto de discusión por parte de los magistrados expusieron en los escenarios judiciales diversidad de situaciones propias del mundo del trabajo: informalidad, reclamaciones de terceros, ocultamiento de vinculaciones laborales, entre otras. Según lo anterior, de una parte, los jueces tuvieron que interpretar y decidir sobre controversias que trascendían lo dispuesto en la codificación laboral; prueba de ello son los disensos y salvamentos de voto, que muestran las discusiones internas de los togados. Por otra parte, los actores impugnaron el derecho laboral y los límites que reconocían las relaciones entre capital y trabajo, apelando a discursos no solo jurídicos sino sobre aspectos mucho más íntimos, como su desempeño, experticia o afectaciones económicas que debían ser reconocidas por la vía judicial.

En este sentido, la delimitación se centra en las formas de conflictividad que contaron con la intervención del Estado como agente mediador en los años cincuenta, en particular desde algunas instituciones del campo judicial, evidenciado que los mecanismos de control no estarían solamente enfocados en el trabajo sino también en regular el capital. Las reformas laborales de la época organizaron el espacio de negociación en la esfera pública y legitimaron los actores (trabajadores, organizaciones sindicales, gremios empresariales, profesionales del derecho y funcionarios burocráticos), para buscar la manera de establecer acuerdos entre las partes. Sin embargo, el conflicto también se originaba en cada relación entre trabajador y patrón; aquí el poder judicial estableció un tratamiento

individualizador de los actores en pugna a través de los juzgados y tribunales laborales, como lugares de agencia y reclamación de derechos por parte de los trabajadores (Varussa, 2002).

Con base en lo anterior se abordará el conflicto laboral desde dos presupuestos: el primero ligado a la construcción de identidades, la ampliación de derechos y el desarrollo de solidaridades entre individuos y organizaciones laborales que han buscado cambios en la vida social. En segunda medida, se observarán los conflictos laborales a luz del orden judicial, lo que lleva a reconocer que se encuentran inmersos en dinámicas de coacción, intervención y regulación normativa por parte de la institucionalidad (Kohler y Martín Artiles, 2005). En esta investigación el interés se encuentra en aquellos casos en los que los conflictos laborales fueron abordados desde las instancias judiciales para su tratamiento y posibles soluciones.

#### **IV. ENTRE HISTORIA Y DERECHO: ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Este estudio se ubica en los diálogos entre historia y derecho, con el objetivo de estudiar la aplicación de la ley a través de los discursos de los diferentes actores registrados en las sentencias judiciales de una época particular. Algunos trabajos pioneros sobre historia del derecho en Colombia buscaron construir narrativas progresistas de la historia nacional incorporando aspectos jurídicos (Díaz Gutierrez, 2014). A partir de los años sesenta, desde la historia social se abordó el sindicalismo, su papel protagónico a comienzos de siglo, y las luchas ante los intentos de cooptación estatal (Urrutia, 1969; Pécaut, 1973; Moncayo y Rojas, 1978).

Estudios recientes señalan que el surgimiento de las regulaciones laborales debe ser visto, por una parte, como el producto de un discurso paternalista que consideraba al trabajador en un estado de incapacidad para lograr por sí mismo mejores condiciones y, por otra, pretendía controlar el desbordamiento de la protesta social mediante la regulación de la huelga y los conflictos colectivos (Ostau de Lafont de León, 2011).

De esta manera, las investigaciones sobre historia del derecho en Colombia se pueden enmarcar en las tendencias señaladas por Catalina Villegas del Castillo (2009). De una parte, se hace un desarrollo bajo una línea evolucionista en la que las normas e instituciones alcanzan paulatinamente mayor perfeccionamiento. De otro lado, estas investigaciones carecen de miradas que indaguen las interacciones entre derecho y sociedad. Por último, los usos de instrumentos históricos han estado sujetos a las agendas políticas e ideológicas de cada época, lo cual ha conllevado a la invisibilización de temas ajenos a las mismas.

Lo descrito hasta aquí resulta útil para pensar en la posibilidad de establecer diálogos interdisciplinarios que propicien otros lugares desde los cuales acercarse a la historia de la justicia laboral. A pesar de los aportes desde las perspectivas jurídicas e históricas, este campo tiene pocos referentes metodológicos y teóricos para el caso colombiano (Cajas Sarria, 2015). De allí que resulte

importante indagar sobre casos como el del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali en relación con la construcción de un fuero específico desde el cual diferentes actores accedieron a la justicia. Estos casos deben contribuir a remediar la ausencia de estudios sobre la institucionalidad local y la escasez de marcos interpretativos que permitan analizarlos.

## V. METODOLOGÍA Y FUENTES: LÍMITES Y POSIBILIDADES

Las sentencias consultadas fueron agrupadas en dos conjuntos: el primero compuesto por once sentencias, sobre los pleitos relacionados con el fuero sindical, en tanto estatus en disputa para apelar reintegros desde los trabajadores o solicitar autorizaciones de despido por parte de los patrones; el segundo conjunto consta de cinco sentencias sobre reclamos de diferentes prestaciones sociales (cesantías, primas, vacaciones, indemnizaciones, etc.), reconocidas en la ley pero no liquidadas según lo estipulado. Los casos utilizados hacen parte del acervo documental del Tribunal Superior de Cali, sin embargo, este material no se encuentra disponible al público, de allí que trabajos como este también busquen incentivar procesos de catalogación, conservación y acceso a los archivos judiciales de este tipo.

En relación con el análisis documental se siguió la metodología propuesta por Villegas del Castillo (2006) para analizar los argumentos presentes en los documentos judiciales, según tres aspectos: el tipo de información contenida en las sentencias, las características de los juicios –para este caso laborales– y los criterios de organización de la información.

La revisión del contenido se basó en los argumentos expresados por los diferentes actores –demandantes, demandados y jueces–, además se buscó identificar los referentes jurídicos desde los cuales se realizaban sus apelaciones. Sobre la caracterización de los juicios laborales, la emergencia de un fuero especializado produjo diferentes debates frente a la normatividad civil, los magistrados hicieron énfasis en el carácter protector de la ley que asistía a los trabajadores, cuestionando las decisiones de primera instancia, emitidas en su mayoría por jueces municipales según los procedimientos civiles.

Por último, la información se organizó inicialmente en una rejilla donde se registraron los elementos principales de todas las sentencias conservadas por el Tribunal. Posteriormente, en una segunda ficha –insumo principal de este artículo– se realizó una descripción más detallada de las sentencias que se encontraron en mejor estado, con el fin de transcribir e identificar los argumentos de las partes y las consideraciones de los magistrados que sustentaban los fallos promulgados.

Son múltiples las posibilidades y la riqueza de la información que ofrecen las fuentes judiciales, sin embargo, es necesario plantear algunos de sus límites para los estudios históricos. Siguiendo a Villegas del Castillo (2006), las críticas pueden concentrarse en la falta de representatividad de los casos estudiados, pues no todos los conflictos entre trabajadores y patrones estuvieron mediados por las instancias judiciales; en este sentido, las sentencias son solo una perspectiva para abor-

dar la conflictividad laboral; además es necesario articular los datos de las sentencias con otras fuentes –legislación, prensa, etc.– que permitan estudiar en mayor detalle la práctica judicial en relación con el campo del trabajo.

Otro elemento crítico tiene que ver con la dificultad de encontrar las voces de los reclamantes en este tipo de fuentes, ya que las controversias estuvieron mediadas por los discursos de los expertos –abogados, jueces, académicos– dentro de las reglas y estructura del sistema judicial. En particular para procesos de segunda instancia, las mediaciones e interpretaciones están presentes, lo cual se evidencia en el hecho de que más allá de registrarse los hechos, el énfasis estaba puesto en hacer revisiones de los fallos ajustadas al derecho (Frank, 2001). A pesar de estas limitaciones, en las sentencias se encuentran extractos de peticiones, testimonios, cartas de despido que dan cuenta de las actuaciones de las partes y aportan sobre las percepciones en relación con el funcionamiento de la justicia.

Teniendo presentes estas salvedades, la revisión de fuentes incorporó, además, la normatividad laboral vigente para la época, doctrina y comentarios de los especialistas que se pronunciaron sobre la implementación de la Jurisdicción Especial del Trabajo; como un esfuerzo por relacionar las fuentes judiciales y legislativas con los discursos que los actores construyeron sobre la justicia laboral.

## VI. DISCURSOS EN PUGNA A TRAVÉS DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

A continuación se presenta un análisis cualitativo de diferentes sentencias, según algunos de los reclamos más frecuentes durante el periodo, agrupados en tres grandes conjuntos: desde los patrones, las peticiones de autorización para despedir a un trabajador; desde los asalariados, causas por fuero sindical y, finalmente, un grupo de demandas por el pago de diferentes prestaciones sociales y salarios adeudados, producto de la relación laboral.

### **Autorizaciones de despido.**

Durante la instauración del estado de sitio y en virtud de las facultades otorgadas a la fuerza pública, llegaron a los tribunales solicitudes de despido promovidas por los patrones debido a la ausencia de algunos trabajadores a sus puestos de trabajo, a causa de encontrarse privados de la libertad por alteraciones del orden público. De allí que, en cierta medida, los efectos de los controles gubernamentales a la protesta social y las acciones colectivas de los sectores obreros se reflejaron en los Tribunales del Trabajo. La legislación laboral establecía las causales de terminación unilateral del contrato, razón por la cual las empresas acudían a los estrados para tramitar autorizaciones de despido, y encontraban que las leyes protegían al trabajador (Decreto 2127 de 1945).

En la Sentencia 827 de 1950 se discute la autorización de despido solicitada por la empresa Cementos del Valle S. A. para prescindir de los servicios del trabajador Luis G. Cardozo, argumentando que este se encontraba detenido por delitos contra el Estado en el municipio de Yumbo. La empre-

sa aportó como pruebas el certificado de detención, en el que, a pesar de legalizar la detención, no se especificaba la culpabilidad del trabajador. La denuncia se amparaba en el Decreto 2127 de 1945, que indicaba como causal de despido unilateral la detención preventiva del trabajador, elemento utilizado por el Juzgado de primera instancia para dictar sentencia condenatoria y autorizar el despido (Tribunal Seccional del Trabajo de Cali [TST], 1950, Sentencia 827, magistrado ponente (M.P.) Camilo Ulloa Caicedo, p. 1).

Sin embargo, la reflexión del Tribunal entró a examinar dicho decreto indicando que a pesar de ser causal suficiente para dar por terminado el contrato de trabajo, dicha norma también advertía que se haría efectiva “A MENOS QUE POSTERIORMENTE [el trabajador] FUERA ABSUELTO” [mayúscula del original] (TST, 1950, Sentencia 827, M.P. Camilo Ulloa Caicedo, p. 2), con lo cual se indicaba que esta claridad “tiende a favorecer al trabajador de innumerables injusticias que pueden originarse por un simple denuncia criminal sin fundamento alguno apreciable” (TST, 1950, Sentencia 827, M.P. Camilo Ulloa Caicedo, p. 3), añadiendo sobre la detención preventiva que esta, al tiempo que “constituye un medio de seguridad social, es una labor sencilla para quien quiere perjudicar a otro” (TST, 1950, Sentencia 827, M.P. Camilo Ulloa Caicedo, p. 3).

Ante estos cuestionamientos a la jurisdicción penal, el Tribunal anteponía el estatus laboral en los casos de absolución judicial; así, solo operaba sobre quien fuere detenido la suspensión del contrato y se buscaba garantizar el retorno a su trabajo. Con todo, también advertía que la demostración de inocencia no era asunto de la justicia laboral; de allí que el trabajador “deba haber sido absuelto de los cargos a él imputados, pues de lo contrario, a la jurisdicción laboral (...) Juez o Tribunal (...) no le es dado entrar a presumir dicha absolución del sindicado” (TST, 1950, Sentencia 827, M.P. Camilo Ulloa Caicedo, p. 3).

En la sentencia se hace referencia a casos similares, evidenciando, de una parte, el control sobre algunos obreros de los cementos y la metalurgia del circuito industrial Cali-Yumbo, con alta actividad sindical (Vásquez Benítez, 2001), que aparecieron acusados de delitos contra el Estado, de hacer parte de movimientos subversivos y de alteración del orden público, en el marco del estado de sitio. De otra parte, da cuenta del rol de la justicia laboral, en relación con mediar tanto en las peticiones de despido como en la permanencia en los puestos de trabajo.

Con estas salvedades, los magistrados aclaraban los alcances exclusivamente laborales del fuero, limitado por las acciones adelantadas en otras jurisdicciones, que terminaban haciendo recaer en el trabajador la demostración de su inocencia. En el caso del trabajador Cardozo, quien no aportó ninguna prueba de su libertad, terminó el tribunal, siguiendo el Decreto 2158 de 1948 en su artículo 117, promulgando de manera definitiva la autorización para hacer efectivo el despido.

## Fuero sindical

El segundo tipo de sentencias se relacionan con solicitudes de reintegro por parte de trabajadores cobijados por fuero sindical<sup>5</sup>. Los casos se refieren a causales de reintegro e indemnización por perjuicios causados durante el tiempo que el trabajador se encontrase desempleado (CST, 1950, art. 118). Sobre las sentencias que se analizarán a continuación el énfasis está puesto en dos aspectos: por un lado, describir las discusiones sobre los trabajadores públicos y su relación con las instituciones estatales; por otro, debatir sobre la pretensión individualizante de la jurisdicción especial frente a oleadas litigiosas hechas por diferentes trabajadores con reclamaciones similares (Stagnaro, 2015).

En 1951 se presentaron ocho reclamaciones<sup>6</sup> que escalaron hasta el Tribunal Seccional, interpuestos por algunos trabajadores pertenecientes al Sindicato de las Aduanas Nacionales. Todas las demandas estaban dirigidas a la nación, al personero municipal de Buenaventura y a la Administración de Aduanas, además coincidían en que los trabajadores reclamaban ser reintegrados y recibir el pago de indemnizaciones por desempleo; la mayoría ocupaba cargos como estibadores o cargueros en las cuadrillas de distribución en el puerto de Buenaventura. En contraste con esta labor técnica, varios de ellos fungían como presidente, vicepresidente, tesorero y fiscal en la junta directiva del sindicato.

Alfonso Rivera, presidente del sindicato de las Aduanas, instauró una demanda por haber sido despedido tres meses antes. El juez del Trabajo de Buenaventura se pronunció “ordenando el reintegro del trabajador (...) y obligando a la Nación al pago de los salarios dejados de devengar por causa del despido” (TST, 1951, Sentencia 878, M.P. Francisco Luis Arango Lalinde, p. 1). A pesar de no ser apelada por ninguna de las partes, esta fue objeto de revisión por parte del Tribunal debido a la importancia de la entidad demandada y su carácter estatal.

La discusión giró en torno a la caracterización del trabajador público desde varios referentes jurisprudenciales. Según el Decreto 1573 de 1940, este tipo de empleo debía ser creado mediante ley u ordenanza. Remitiéndose a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en 1942, a diferencia de los contratos privados, en el servicio público, el Estado de manera unilateral “fija las ventajas que concede, las retribuciones, las condiciones y cualidades de suspensión, las reglas según las cuales

---

<sup>5</sup> El fuero sindical fue definido como “la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, trasladados, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo” (CST, 1950, art. 405).

<sup>6</sup> El conjunto de sentencias contra las Aduanas puede agruparse así: adelantadas por el magistrado Francisco Luis Arango Lalinde: n.ºs 878 y 879 de 1951, magistrado Camilo Ulloa Caicedo; n.º. 880-885 de 1951, magistrado Jesús Elías Quijano; n.º. 935 de 1951.

se reprimirán sus faltas, las penas disciplinarias, (...) [y] las garantías que los amparan contra las arbitrariedades” (TST, 1951, Sentencia 878, M.P. Francisco Luis Arango Lalinde, p. 1r).

La Sala concluye que, a pesar de constituirse en servidores públicos, los trabajadores de las aduanas tienen derecho a gozar del fuero sindical como lo hacen los particulares, pues este tipo de prestación social “debe entenderse [como] todo derecho en favor del asalariado que emane de una relación laboral o contrato de trabajo” (TST, 1951, Sentencia 878, M.P. Francisco Luis Arango Lalinde, pp. 2-2r). De esta forma, el fallo confirma la decisión de primera instancia, ordenando el reintegro y el pago de la indemnización, añadiendo que “sólo autoriza el despido siempre y cuando se indemnizara al actor con el equivalente a 6 meses de salario” (TST, 1951, Sentencia 878, M.P. Francisco Luis Arango Lalinde, pp. 2-2r).

Esta discusión sobre los conflictos entre trabajadores públicos y las instituciones del Estado produjo definiciones sobre el servicio público, el tipo de organizaciones que prestaban servicios a la nación y la comparación con los contratos entre particulares, revisando a la luz de la legislación los derechos y obligaciones de las partes. Como se observa, el fuero sindical no solo fue reclamado por trabajadores públicos, sino que suscitó el debate en el Tribunal sobre el cobijamiento de la legislación según los tipos de contratos existentes, y en este caso falló a favor de diferentes trabajadores de las Aduanas Nacionales, que llevaron a los estrados judiciales similares reclamaciones.

Además, resulta importante encontrar en los estrados judiciales a la propia institucionalidad pública como parte demandada, si bien el ejercicio de control se daba en dirección a personas naturales o jurídicas de tipo privado, un número elevado de reclamaciones tuvieron como destinatario organizaciones estatales<sup>7</sup>, lo que indicaría por un lado la obligación del Estado de responder como empleador ante los incumplimientos de la ley y, de otra parte, el carácter ejemplarizante que pudiese tener la presencia de entidades gubernamentales, dirimiendo conflictos bajo las reglas de la Jurisdicción Especial del Trabajo.

Un segundo aspecto para tratar se refiere a la constitución de los tribunales con base en un marco individualizante<sup>8</sup>, desde el cual dicha corporación buscó abordar en su mayoría los conflictos de manera individual, es decir, entre un trabajador y un patrón particular (Staganro, 2012). Sin embargo, los límites de esta legislación en la práctica mostraron cierto grado de comunicación

---

<sup>7</sup> Según Sánchez (2018), la Sala Laboral de Cali hasta 1960 registró un alto porcentaje de demandas contra diferentes instituciones públicas como el departamento del Valle, el municipio de Buga, las Empresas Municipales de Buga, siendo menor la proporción de las reclamaciones dirigidas a empresas privadas.

<sup>8</sup> Desde los primeros apartados de la Ley Sexta de 1945 se reglamentó todo lo concerniente al contrato de trabajo individual, en términos de una actividad personal entre quien presta un servicio y quien lo recibe, caracterizado por desarrollarse de manera continuada, bajo relación de dependencia y mediante remuneración (Ley Sexta, 1945, art.1).



y circulación de reclamaciones comunes; por ejemplo, el fuero sindical compartido hizo que la junta directiva del sindicato de las Aduanas reclamara el reintegro de cada miembro en un mismo periodo de tiempo, haciendo que dichas experiencias se convirtieron en incentivos para otros en similares condiciones.

Respecto a los agentes especializados, los procesos coinciden en tener como abogado defensor a Juan Santos Rivas, quien interpuso las reclamaciones denunciando la violación de la protección especial reconocida por el Estado. Santos Rivas presentó dentro del material probatorio las notificaciones sobre el cambio en la junta directiva del sindicato en febrero de 1949, momento desde el cual “se inició la protección especial del Estado sobre el trabajador, sujeta para su terminación, única y exclusivamente a las normas de las leyes sociales, especialmente la Ley Sexta de 1945, Decreto 2127 de 1945 y 2158 de 1948<sup>9</sup>” (TST, 1951, Sentencia 910, M.P. Jesús Elías Quijano, p. 2r).

En defensa del Estado, llama la atención que se encuentre en una de las sentencias el nombre de un exmagistrado del Tribunal: Manuel Zarama Delgado, quien hizo parte de la corporación entre 1947 y 1950, y al siguiente año aparece representando a las Aduanas Nacionales. A pesar de no exponer apelación alguna frente al fallo adverso proferido por el juez del Trabajo de Buenaventura, el Tribunal transcribe en la sentencia las consideraciones de Zarama sobre la pertinencia del fuero laboral, ya que “la relación de trabajo entre el actor y la entidad de derecho público es por mandato legal, un verdadero y legítimo contrato de trabajo de cuya interpretación, conflictos y diferencias, debe conocer la jurisdicción del trabajo” (TST, 1951, Sentencia 910, M.P. Jesús Elías Quijano, p. 1r)

Los procesos contra las aduanas hacen parte de ciertas oleadas litigiosas que tuvieron lugar en la década de los cincuenta, años en los que se presentaron bloques de demandas en mismo periodo contra ciertas instituciones. Entre 1952 y 1953 diferentes trabajadores de las obras públicas demandaron al departamento del Valle y al gobernador Carlos A. Sardi, reclamando el pago de prestaciones sociales, lo que resultó en ciento once sentencias proferidas por el Tribunal con un cincuenta por ciento de fallos favorables a los demandantes. Además se registraron, en los años siguientes, otras oleadas de demandas contra grupos empresariales asentados en la región, como la Transportadora Grancolombiana Ltda. y el Ingenio Meléndez S.A., entre otros (Mendoza Rendón, 2018).

Al margen de interponerse de manera individual, estas acciones permiten suponer la circulación de información, tácticas legales y abogados defensores, que indican un carácter colectivo de las

---

<sup>9</sup> Este último decreto reglamentó las solicitudes de despido de trabajadores protegidos por fuero sindical, pero seguidamente estableció los parámetros mediante los cuales era posible tramitar la acción de reintegro, indicando que sólo podía ser interpuesta en los juzgados hasta en un plazo máximo de dos meses a partir de la fecha del despido. Lo que puede indicar cierta agilidad en el trámite de los conflictos por parte de los juzgados especializados.

prácticas de los demandantes; además evidencian la manera en que las leyes laborales encaminadas a proteger a los trabajadores se transformaron en derechos a ser reclamados por la vía judicial. El caso del fuero sindical puede entenderse como un recurso individual apropiado por algunos trabajadores para conseguir ser reintegrados, y aunque dejaba por fuera de sus beneficios al grueso de los trabajadores, sirvió de protección para las directivas sindicales, lo que llevaría a pensar que “la acción judicial de carácter individual fue trasmutando en una acción sindical de carácter colectivo, como parte de una estrategia más amplia del sindicato para hacer valer los derechos de sus afiliados” (Stagnaro, 2012, p. 261).

## Prestaciones sociales

En esta sección se presentarán algunas características de las sentencias sobre prestaciones sociales, con el fin de rastrear los discursos de quienes hicieron parte de los procesos jurídicos. Resulta importante observar la manera en que las partes se presentaron ante el Tribunal y las formas en que legitimaron sus reclamaciones en concordancia con los apartes de la ley que más se ajustaron a sus intereses; del lado de los jueces, las tensiones entre las distintas instancias dieron cuenta de las interpretaciones del derecho laboral en sus primeros años.

El caso del trabajador Guillermo Arellano, quien demandaba el pago de prestaciones sociales por despido injusto tras sufrir un accidente de trabajo, refleja cómo sus peticiones reclamaron la protección social del Estado. Si bien las desigualdades en términos de salarios, prestigio y poder persistían en las relaciones laborales, “la ciudadanía social conquistada sobre la base de su trabajo le permitiría formar parte de un continuo de posiciones sociales, que es también un continuo de derechos” (Castel, 2010, p. 23); de acuerdo con esto, el demandante manifestó:

Considero que si el Juzgado no procede de forma drástica con la compañía a quien demando seguirán produciéndose los atropellos contra los compatriotas quienes necesitados de proporcionarse el sustento se ven precisados a sufrir los vejámenes de los poderosos y de los profesionales fletados por ellos. (TST, 1953, Sentencia 1309, M.P. Germán H. Maya, p. 2) Sin embargo, la Compañía Raymond Concrete Pile Company of South América, a través de su apoderado, desestimó la denuncia afirmando que “Arellano se hallaba en estado de embriaguez y que esta fue la causa del accidente como también el motivo del despido” (TST, 1953, Sentencia 1309, M.P. Germán H. Maya, p. 3); por ello solicitó fuera declarada la excepción de inexistencia de obligación y, ante el fallo desfavorable emitido por el Juzgado Laboral de Buenaventura, la empresa elevó la controversia ante el Tribunal exigiendo fuera revisado el material probatorio –declaraciones del inspector de policía, el dictamen del médico legista y los testimonios de los trabajadores que tuvieron contacto con Arellano– para establecer lo ocurrido.

Contraria a la manera en que las empresas podían dar cuenta de las violaciones al reglamento laboral por parte de los trabajadores y derivar de ello las apelaciones ante el Tribunal, también se encuentra información desde los trabajadores sobre sus cualidades, desempeño y trayectoria en

un oficio que legitimaba sus reclamaciones. Un ejemplo se encuentra en el litigio por violación de contrato de Marco Tulio Franco contra la Sociedad Rivera Ltda., fundamentado en una descripción detallada de la experticia de Franco como maestro de obra.

...desde muchos años atrás y como profesional práctico, viene dedicado a la prospectación y dirección de edificios, iglesias y obras de diferente índole. Y por su capacidad de estudio, su consagración al trabajo y la infinidad de obras que ha planeado, proyectado y dirigido en esta y en otras plazas, es considerado un trabajador de vasta experiencia y de gran versación entre quienes se dedican a esta rama de la ingeniería. (TST, 1957, Sentencia 113, M.P. Oscar Hurtado Gómez, p. 2)

En relación con una de las voces más visibles en los expedientes, la mediación de los abogados defensores terminó ubicándoles como narradores protagónicos de lo ocurrido, incluso al punto de poner en duda la validez de los argumentos expuestos, al impugnar el material probatorio de la contraparte, demandando de los jueces establecer relaciones causales entre lo reclamado y la manera en que ocurrieron los hechos. En la Sentencia 048, seguida en ocasión de una indemnización por accidente laboral, el abogado de la parte demandada apeló indicando que...

el fallador le corresponde averiguar la relación de causalidad que hay o puede haber entre la dolencia sufrida y el accidente experimentado (...) El demandante no ha probado como era su obligación de que a consecuencia de la caída que sufrió el 3 de mayo de 1954 hubiera sido la causa directa de las hernias que padece. (TST, 1957, Sentencia 048, M.P. Bolívar Portilla, p. 2) Respecto a la caracterización de las diferentes instancias, según Jerome Frank (2001), el comportamiento de los tribunales resulta más predecible, debido a que sus actuaciones están basadas en el acervo probatorio de los jueces de primera instancia<sup>10</sup>, por ello este último escenario resulta central, en la medida que permite analizar la manera en que se configuraron los hechos por parte del juzgador, mientras que las instancias superiores están dedicadas a fallar en derecho, es decir, sobre las disputas de los abogados respecto a la normatividad y sus alcances.

En el caso del Tribunal del Trabajo de Cali, aunque no se recaudaban nuevas pruebas, el examen de lo desarrollado en primera instancia resultaba de gran importancia para analizar el establecimiento de los hechos y los procedimientos –peritajes y testimonios– ordenados por el juez local que aparecen transcritos en las sentencias, respondiendo, en cierta medida, a la idea de que los litigios se dan en su mayoría no por diferencias sobre el significado de las normas, sino que tienen su origen en las divergencias acerca de los hechos (Frank, 2001).

---

<sup>10</sup> Cabe resaltar el potencial que tiene rastrear los expedientes de las diferentes instancias, cosa que ya constituye otra investigación, sin embargo, están presentes las dificultades en el acceso, catalogación y conservación de la información.

La circulación en el campo jurídico llevaba a que en las apelaciones pudieran cambiar las posiciones de demandantes y demandados, terminando en muchos casos los trabajadores, en principio actores, siendo denunciados por los patrones mediante sus apelaciones y cuestionamientos a los fallos de primera instancia; de fondo constituían estrategias legitimadoras de las acciones para dar por terminados los contratos laborales. Las interacciones llevaron incluso a que en algunas sentencias aparecieran ambas partes en desacuerdo con lo decidido por los juzgados locales, trasladando sus controversias a los tribunales de segunda instancia.

De este modo, en el escenario del Tribunal tiene lugar la impugnación de la misma burocracia judicial, poniendo en cuestión el cumplimiento del debido proceso, la existencia y utilización de material probatorio por parte del juez, así como la interpretación de la legislación laboral para resolver el litigio. Esto se ilustra con las expresivas consideraciones hechas por el magistrado Tafurt, sobre el proceder de un juzgado de primera instancia:

El señor Juez Civil Municipal de Pasto cayó en un grave error al fallar en conciencia un negocio que por contar con legislación especial requería mayor cuidado, aunque fuera de aplicar el procedimiento verbal (...) Ya se observó también que el demandado al contestar pidió que dicho fallo fuera en derecho; de tal manera que llevándose por calle esa advertencia y prescindiendo de una pauta definida, se fue el señor juez a proferir una sentencia que no cuadraba al caso. (TST, 1946, Sentencia 80, M.P. Antonio María Tafurt, pp. 299-300)

Por último, la mayor parte del corpus documental de las sentencias concentró las consideraciones de los magistrados, una especie de diálogo entre referentes provenientes de la legislación, la jurisprudencia, los debates académicos de la época, los casos precedentes dirimidos por otras instancias y las interpretaciones propias. Sin embargo, las cuestiones doctrinales también fueron cuestionadas, como lo hizo el magistrado Ricardo Martínez Muñoz al señalar:

Algunos autores guiados por doctrinas civilistas sobre el contrato de trabajo han pretendido asimilarlo al contrato de arrendamiento, lo cual sólo es explicable por la imponderable influencia de las ideas romanas. Entre los defensores de esta tesis está [Marcel] Planiol, quien dice que el contrato de trabajo es un arrendamiento (...), aboga por la sustitución de la expresión “contrato de trabajo” por la de “arrendamiento de trabajo”. Lo aberrante de la tesis expuesta, resalta plenamente si se considera que la energía de trabajo del obrero no forma parte de su patrimonio y, por tanto, no puede ser objeto de contratación. (TST, 1946, Sentencia 108, M.P. Ricardo Martínez Muñoz, pp. 376-377) Las anteriores críticas del magistrado Martínez estaban basadas en uno de los autores más influyentes del derecho laboral latinoamericano, el mexicano Mario de la Cueva<sup>11</sup>, para quien “El trabajador promete

---

<sup>11</sup> A través de la obra de este autor, las escuelas iuslaboralistas europeas arribaron al Cono Sur influenciando las reglamentaciones laborales desde donde se libró la lucha por un lugar propio para el derecho al trabajo. El primer código sustantivo colombiano, a pesar de centrarse en el contrato de trabajo, siguiendo a de la Cueva, acogió la

una actividad, lo que no es nunca el objeto de la prestación del arrendador o vendedor” (TST, 1946, Sentencia 108, M.P. Ricardo Martínez Muñoz, p. 385).

Los esfuerzos por caracterizar el contrato laboral reclamado también involucraron actuaciones anteriores del Tribunal, recordando el juicio instaurado por Otoniel Caicedo Llanos contra Oswaldo Beck (Sentencia de 18 octubre de 1946), en la que el magistrado José María Tafurt señalaba “la importancia del contrato laboral como garantía de las prestaciones sociales, en cumplimiento de lo establecido dentro del derecho social colombiano” (TST, 1946, Sentencia 108, M.P. Ricardo Martínez Muñoz, p. 385).

## VII. CONCLUSIONES

El desarrollo de centros industriales y portuarios como Cali y Buenaventura estableció escenarios particulares para entender la conflictividad judicial asociada a la emergencia de un mercado del trabajo urbano y moderno. Como se observó, los diferentes actores apelaron a formas institucionales –el contrato laboral, definiciones de patrón y obrero, las prestaciones de ley– que contribuyen a entender los procesos de formalidad laboral, la transformaciones urbanas y construcción de ciudadanías; elementos evidenciados en un mayor número de reclamaciones pertenecientes a un contexto económico agroindustrial y comercial, que en muchos casos apuntaron a demandar las instituciones públicas, en una muestra de impugnación de la propia institucionalidad y el valor ejemplarizante que imprimía el sometimiento de ciertas dependencias estatales al control por parte de los órganos judiciales.

Los casos sobre autorizaciones de despidos solicitadas por los patrones ante los jueces del trabajo ilustraron las reglamentaciones a las que debía someterse quien requiriera dar por terminado de manera unilateral un contrato de trabajo. Así, la legislación laboral no solo establecía las causales para considerar un despido como justo, sino que planteaba la vulneración a la que podía estar expuesto un trabajador, cuando a causa de encontrarse detenido perdiera su trabajo sin haber sido condenado por la jurisdicción penal.

Sin embargo, dichas garantías que obligaban a reincorporar a los asalariados en caso de recobrar su libertad estaban limitadas por la demostración de su inocencia, acciones encuadradas en los tiempos y reglas estipuladas por la ley. Esta situación se hacía más compleja en medio del estado de sitio y la Dictadura, pues no solo eran más frecuentes las capturas de trabajadores acusados de atentar contra el Estado y alterar el orden público, si no que evidenciaba las bajas probabilidades que tenían de retornar a sus puestos de trabajo.

---

teoría de la relación de trabajo para analizar los múltiples vínculos que une al empleador con el trabajador, más allá del contractualismo (Jaramillo Jassir, 2010).

Respecto a las demandas por reintegro amparadas en la protección sindical para la junta directiva de las organizaciones de trabajadores, se observaron las discusiones al interior del Tribunal con relación a la caracterización de los funcionarios públicos y el tipo de vinculación laboral establecido para las instituciones estatales, evidenciando ciertos márgenes difusos en relación con el fuero sindical y las diferencias con los contratos entre particulares.

Un segundo aspecto tuvo que ver con las oleadas litigiosas de reclamaciones contra las entidades del Estado, lo que demostró los alcances colectivos de una jurisdicción individualizante, pues la circulación de información, litigantes y fallos favorables constituyeron un incentivo para que diferentes trabajadores presentaran las mismas reclamaciones en cortos periodos, obteniendo en estos casos el reconocimiento a ser reintegrados y el pago de las indemnizaciones a causa del despido injusto.

En relación con las prestaciones sociales reclamadas por los trabajadores, el conjunto de sentencias analizadas sirvió para ilustrar cómo se presentaron los actores en los estrados judiciales en función de sus intereses. Encontrándose las exaltaciones de las cualidades y experticia como tácticas recurrentes de los trabajadores, las apelaciones de los demandados reclamando mayor investigación por parte de los jueces, así como las tensiones entre las diferentes instancias en los primeros años de implementación de la jurisdicción del trabajo.

De esta forma, el ejercicio del poder en los tribunales puede definirse como multidireccional y diferenciado; de una parte, la apropiación de la legislación laboral fue construyendo lugares propios de agencia desde las definiciones de trabajador/empleador establecidas en la ley, pero también concentró estrategias jurídicas bajo la interpretación y la construcción de precedentes por parte de los jueces, que demarcaron sus actuaciones. Todas estas dinámicas en su conjunto sirvieron para definir un campo propio en el cual las relaciones laborales serían reguladas por parte de los organismos institucionales.

También es necesario advertir que centrarse en un análisis cualitativo de algunas sentencias es solo una perspectiva para indagar sobre conflictos, actores y decisiones judiciales en una época determinada; de allí que parte de la discusión haya involucrado las posibilidades y límites de este tipo de fuentes judiciales. Lejos de ser una representación fiel del pasado, lo que se encuentra en las sentencias son narraciones mediadas por omisiones e intereses en pugna que, más allá de ser un obstáculo, posibilitan identificar los discursos emanados de la ley, las interpretaciones de quienes la aplicaron y los argumentos de aquellos que demandaron ser reconocidos como sujetos de derecho

De acuerdo con lo anterior, este resulta ser un estudio preliminar en relación con el vasto y poco explorado campo de la historia de la justicia laboral. El recorrido por las sentencias ha permitido, más que mostrar imágenes definitivas, abrir un panorama de investigación sobre la conflictividad laboral y la institucionalidad judicial desde casos locales como el Tribunal Seccional de Cali. Los

alcances de este trabajo se concentraron en explorar diferentes discursos que dieron cuenta no solo de la conflictividad producto de las relaciones laborales a mediados del siglo pasado, sino de las instancias judiciales como espacios en disputa, en los cuales el uso de la justicia evidenció las fluctuaciones entre control y agencia que se jugaban los actores en cada litigio.

Los límites estuvieron centrados en el tipo de fuentes utilizadas y el alcance local de la investigación. De este modo, las sentencias ofrecieron una mirada desde la institucionalidad, que debe ser complementada con futuros diálogos con otras fuentes; además, los análisis sobre un Tribunal Seccional se basan en una perspectiva local, que deben incentivar las indagaciones sobre la historia de la justicia laboral en la región y en el país.

En este sentido, queda pendiente por investigar las interacciones entre diferentes instancias con base en algunas controversias que recorrieron todo el entramado de la jurisdicción especial, así como la territorialización de la justicia laboral, a través de la conformación de distritos judiciales y la emergencia de juzgados del trabajo en la región. Lo anterior en diálogo con los cambios en el contexto y su impacto en las instancias judiciales en periodos de tiempo más amplios.

## REFERENCIAS

- Avella Gómez, M. (2012). *Las instituciones laborales en Colombia: contexto histórico de sus antecedentes y principales desarrollos hasta 1990*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Cajas Sarria, M. (2014). La Corte Suprema de Justicia bajo el gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla. *Revista de Estudios Sociales*, 50, 127-139.
- Cajas Sarria, M. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (1886-1991)*. Bogotá: Universidad de los Andes/Universidad Icesi.
- Castel, R. (2010). *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones y estatuto del individuo*. Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Charry Joya, C. A. (2011). El impacto del 9 de abril en Cali y el Valle del Cauca. *CS*, 55-89.
- De Certeau, M. (2004). La invención de lo cotidiano. En F. A. Ortega, *La irrupción de lo impensado. Cátedra de estudios culturales Michel de Certeau*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- De la Cueva, M. (2005). La situación laboral de los trabajadores públicos. En M. De la Cueva, *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo* (pp. 613-642). México: Porrúa.
- Díaz Gutierrez, I. A. (2014). *Historia del Derecho del Trabajo en Colombia*. Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana, Sello Editorial Javeriano.
- Frank, J. (2001). *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara.



- Garzón, J. B. (2018). Acciones colectivas contenciosas, cultura política y construcción de ciudad: Cali, 1910-1953. En E. Rodríguez y A. Echeverry, *Poder y ciudad en Cali: hacia la construcción de un orden urbano, 1910-1950*. Cali: Universidad Icesi; Universidad del Valle.
- Jaramillo Jassir, I. D. (2010). Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia. *Opinión Jurídica*, 9(18), 57-74.
- Kohler, H.-D. y Martín Artiles, A. (2005). *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*. Madrid: Delta Publicaciones.
- Loaiza Cano, G. (2012). *Historia de Cali, siglo XX*. Cali: Programa Editorial Facultad de Humanidades, Universidad del Valle.
- Mendoza Rendón, N. (2018). Trabajadores y justicia laboral. Desafíos para la investigación desde los juicios laborales del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, entre 1946 y 1958. *Cambios y Permanencias*, 9(1), 297-323.
- Moncayo, V. M. y Rojas, F. (1978). *Luchas obreras y política laboral en Colombia*. Medellín: La Carreta.
- Nemogá Soto, G. R. (2001). Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia. En B. de Sousa Santos y M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Oquist, P. (1978). *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Colombianos, Biblioteca Banco Popular.
- Ostau de Lafont de Leon, F. R. (2011). *Estudio Histórico del Derecho Laboral Colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad Libre.
- Palacio, J. M. (2011). Legislación y justicia laboral en el "populismo clásico" latinoamericano: Elementos para la construcción de una agenda de investigación comparada. *Revista Mundos do Trabalho*, 3(5), 245-265.
- Pécaut, D. (1973). *Política y sindicalismo en Colombia*. Bogotá: La Carreta.
- Sánchez, J. F. (2018). Los conflictos laborales en Cali: reclamos a la sala laboral del Tribunal Superior entre 1946-1960. *Documento de Trabajo*, 175, 1-34.
- Silva Romero, M. (2000). *Flujos y reflujos: Reseña histórica del derecho laboral colectivo colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Stagnaro, A. (2012). *Los Tribunales del Trabajo como escenario del conflicto entre el capital y el trabajo. 1948-1960*. La Plata: Universidad Nacional de la Plata.
- Stagnaro, A. (2015). Juicios laborales e historia de los trabajadores. Desafíos de una historia colectiva en base a una fuente individualizante. *Revista Electrónica de fuentes y archivos*, 6(6), 88-105.
- Thompson, E. P. (1995). La economía moral revisada. En E. P. Thompson, *Costumbres en común*. Barcelona: Crítica.

- Urrutia, M. (1969). *Historia del sindicalismo en Colombia*. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes.
- Varussa, R. J. (2002). *Trabalho e legislação: experiências de trabalhadores na Justiça do Trabalho (Jundiaí – SP, décadas de 40 a 60)*. San Pablo: Pontificia Universidade Católica/SP.
- Vásquez Benítez, E. (1990). Historia del desarrollo económico y urbano en Cali. *Boletín Socioeconómico*, 20, 1-28.
- Vásquez Benítez, E. (2001). *Historia de Cali en el siglo 20: sociedad, economía, cultura y espacio*. Cali: Artes Gráficas del Valle.
- Villasmil Prieto, H. (2015). Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo (primera parte). *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21, 203-228.
- Villegas del Castillo, C. (2006). *Del hogar a los Juzgados: reclamos de familiares en los Juzgados superiores en el tránsito de la Colonia a la República, 1800-1850*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Villegas del Castillo, C. (2009). Historia y derecho: La interdisciplinariedad de derecho y los retos de la historia del derecho. *Revista de Derecho Público*, 22, 3-22.

#### *Fuentes institucionales y judiciales*

- Código Sustantivo del Trabajo [código] (1950). [Diario Oficial]. DO: 27.407.
- Congreso de Colombia (17/Jun/1940). Decreto 1573 de 1940.
- Congreso de Colombia (11/Sept/1945). Decreto 2127 de 1945. DO: 25.933.
- Congreso de Colombia (21/Jul/1948). Decreto 2158 de 1948. DO: 26.773.
- Congreso de Colombia (11/Ene/1950). Decreto 3743 de 1950. DO: 27.504.
- Congreso de Colombia (05/Mar/1954). Decreto 0616 de 1954. DO: 28.424.
- Congreso de Colombia (02/Nov/1954). Decreto 3111 de 1954. DO: 28.616.
- Congreso de Colombia (26/May/1955). Decreto 1156 de 1955. DO: 28.764.
- Congreso de Colombia (21/Feb/1945). Ley Sexta de 1945. DO: 25.772.
- Congreso de Colombia (28/Dic/1990). Artículo 107. Ley 50 de 1990. DO: 39.618
- Tribunal Seccional del Trabajo [TST]. (15/Oct/1946). Sentencia 80 [M.P. Antonio María Tafurt]. Cali.
- Tribunal Seccional del Trabajo [TST](07/Dic/1946). Sentencia 108. [M.P. Ricardo Martínez Muñoz]. Cali.
- Tribunal Seccional del Trabajo [TST](18/Sept/1950). Sentencia 827. [M.P. Camilo Ulloa Caicedo]. Cali.
- Tribunal Seccional del Trabajo [TST](19/Ene/1951). Sentencia 878. [M.P. Francisco Luis Arango Lalinde]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST](22/Ene/1951). Sentencia 879. [M.P. Francisco Luis Arango Lalinde]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST](22/Ene/1951). Sentencias 880, 881, 882. [M.P. Camilo Ulloa Caicedo]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST](22/Ene/1951). Sentencia 881. [M.P. Camilo Ulloa Caicedo]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST](23/Ene/1951). Sentencia 882. [M.P. Camilo Ulloa Caicedo]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST] (23/Ene/1951). Sentencia 883. [M.P. Camilo Ulloa Caicedo]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST] (23/Ene/1951). Sentencia 884. [M.P. Camilo Ulloa Caicedo]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST] (23/Ene/1951). Sentencia 885. [M.P. Camilo Ulloa Caicedo]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST] (26/Feb/1951). Sentencia 910. [M.P. Jesús Elías Quijano]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST] (13/Abr/1951). Sentencia 935. [M.P. Jesús Elías Quijano]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST](28/Ene/1953). Sentencia 1309. [M.P. Germán H. Maya]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST] (01/Jul/1957). Sentencia 048. [M.P. Bolívar Portilla]. Cali.

Tribunal Seccional del Trabajo [TST](21/Oct/1957). Sentencia 113. [M.P. Oscar Hurtado Gómez]. Cali.



**Revista *de*  
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN  
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.55.344>

# **Responsabilidad Patrimonial del Estado: contrapeso al poder exorbitante de la Administración pública mexicana**

*Patrimonial Responsibility: Counterweight to the  
Exorbitant Power of the Mexican Public Administration*

G U I L L E R M O C A M B E R O Q U E Z A D A

Doctor y maestro en Derecho Público por la Universidad de Nantes, Francia.

Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Guadalajara, México.

Miembro del Sistema Nacional de Investigación (SNI-CONACYT), México (2017-2021).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6392-1806>. [guillermo.cambero@edu.uag.mx](mailto:guillermo.cambero@edu.uag.mx)

## Resumen

La responsabilidad patrimonial del Estado ha introducido importantes innovaciones en el ordenamiento jurídico mexicano en épocas recientes, lo que ha favorecido el desarrollo del derecho administrativo nacional. Así, el particular que ha sufrido daños y perjuicios puede obligar a la administración pública mexicana a indemnizarlo. Sin embargo, los alcances de dicha figura en México aún son limitados debido a un gran desconocimiento por parte de los especialistas del derecho en México, así como su funcionamiento y la aplicación de la ley en la materia. Este artículo analiza las características principales del régimen responsabilidad patrimonial del Estado desde la teoría del interés general, teniendo como objetivo entender la función de la Administración pública dentro de un contexto de legalidad y Estado de derecho, evitando así las malas prácticas de la Administración pública, con la finalidad de que actúe dentro del marco del derecho.

### PALABRAS CLAVE

Responsabilidad patrimonial del estado, indemnización, control administrativo, defensa de los particulares, Interés general, falla del servicio.

## Abstract

State liability has introduced significant innovations in the Mexican legal system in recent times, which has favored the development of a national administrative law. Thus, the individual who has suffered damages may compel the Mexican public administration to compensate him. However, the scope of this figure in Mexico is still limited due to a great lack of knowledge on the part of law specialists in Mexico. This article analyses the main characteristics of the state liability, with the aim of understanding the role of public administration within a context of legality and the rule of law, thus avoiding the bad practices of the public administration, so that they act within the framework of law.

### KEYWORDS

State patrimonial responsibility, compensation, administrative control, defense of individuals, general interest, failure of service.

## I. INTRODUCCIÓN

El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado es relativamente nuevo y poco explorado en México que, por su misma esencia, no cesa de progresar<sup>1</sup>, además de ser complejo y cambiante (de acuerdo con los estudios de Castro Estrada, 2003, p. 205). Esta garantía fue concebida en Francia a finales del siglo XIX, asignando una función sancionadora y de reparación, y que en el ámbito nacional mexicano ha seguido la misma lógica, al introducirse la reforma constitucional de 2002<sup>2</sup> que crea la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, heredera del sistema jurídico español (Pulido Quecedo, 2010, p. 29), y la cual establece que

no puede ser regida por los principios que se encuentran establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular en relación a los daños causados a los particulares por los actos de las personas que el Estado emplea para el servicio público<sup>3</sup>.

Lo anterior se confirma en la Constitución mexicana en el último párrafo del artículo 109, el cual establece

la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. (Cid Cabello, 2014, p. 29)

Aunado a lo anterior, el juez nacional mediante su labor jurisprudencial ha venido a reforzar la responsabilidad patrimonial del Estado como una garantía de seguro de riesgo social<sup>4</sup>, es decir, una

---

<sup>1</sup> El 6 de noviembre de 2020 se publicó la última tesis aislada (sentencia que emite criterios por un tribunal colegiado o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación actuando en pleno o en salas, interpretando algún precepto legal pero que no ha alcanzado a ser obligatoria en el sistema jurídico nacional).

<sup>2</sup> Transitorio de la adición constitucional del antiguo artículo 113, párrafo 2 (actualmente 109, párrafo V) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y publicado en el *Diario Oficial* de la Federación, el 14 de junio de 2002: "Único. (...) La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el período comprendido entre la publicación del presente decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, con el fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial".

<sup>3</sup> Solución propuesta por el Tribunal de Conflictos francés, decisión *Blanco*, 8 de febrero de 1873.

<sup>4</sup> Al respecto, a modo de ejemplo lo proporciona la jurisprudencia mexicana, la cual establece: "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LA ACTUACIÓN NEGLIGENTE DEL PERSONAL MÉDICO QUE LABORA EN LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL (IMSS E ISSSTE) QUEDA COMPRENDIDA EN EL CONCEPTO DE "ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR" A QUE SE REFIERE EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL", que establece responsabilidad por negligencia por parte de los servicios hospitalarios "cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño a los bienes y derechos de los particulares por haber actuado de manera irregular se configura, por un lado, la responsabilidad

función de “precio a pagar” por los actos irregulares del Estado (Fierro y García, 2009, p. 17). La responsabilidad patrimonial del Estado es, ante todo, una responsabilidad por falla en el servicio, y que aún no ha logrado abrir camino en México la responsabilidad sin falla o de manera regular en la prestación del servicio (Pantaleón Prieto, 1994, p. 237), a pesar de que la rige el principio de solidaridad social, que insta a repartir las cargas de la convivencia social entre los integrantes de la sociedad, y fuera uno de los principios fundamentales en la instauración de dicha garantía constitucional (Castro Estrada, 2003, p. 142).

Lo anterior ha establecido una complejidad de soluciones, en las cuales se ha tomado en consideración las necesidades del servicio, el arbitraje por el juez entre los “derechos del Estado” y “los derechos de los particulares” (Marín González, 2004, p. 26), lo que ha permitido un crecimiento considerable en la protección de los administrados contra las acciones que generan daños por parte de la Administración, sobre todo en relación con los daños patrimoniales, físicos y morales y la reparación integral de los mismos (Cueva Carrión, 2015, p. 46). En ese sentido, la doctrina sostiene que uno de los presupuestos o requisitos *sine qua non* para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración es la existencia de una relación de causalidad material entre el daño antijurídico –contra el particular o el gobernado– (Quintana López y Casares Marcos, 2013, p. 62) y la acción u omisión de la entidad pública u órgano administrativo<sup>5</sup>. El sistema jurídico mexicano es coincidente con lo anterior dentro la aplicación del derecho positivo (tanto en la Constitución mexicana como su ley reglamentaria), ya que para la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado, esta debe ser objetiva y directa (redacción establecida en la Constitución mexicana), y se requiere para su demostración, de acuerdo con la Constitución mexicana, básicamente la existencia de un *daño antijurídico* (causado o afectando a un particular), generado por una *actividad administrativa irregular* de las autoridades públicas (un acto administrativo lesivo), que le sea imputable al Estado, y en la que exista una *relación de causalidad* entre el daño antijurídico y acto administrativo irregular del ente público, del cual se desprende la imputabilidad estatal (para una comparación con Colombia ver Armenta Ariza, 2009, p. 88). En la sección 1 ana-

---

del Estado de resarcir el daño y, por otro, se genera el derecho de los afectados a que éste les sea reparado. Ahora bien, la actividad irregular de referencia también comprende la deficiente prestación de un servicio público; de ahí que la actuación negligente del personal médico que labora en las instituciones de seguridad social del Estado (IMSS e ISSSTE) que cause un daño a los bienes o derechos de los pacientes, sea por acción u omisión, queda comprendida en el concepto “actividad administrativa irregular” a que se refiere el citado precepto constitucional y, por ende, implica una responsabilidad patrimonial del Estado”. época: décima época, registro: 2003393, instancia: Primera Sala, jurisprudencia, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIX, abril de 2013, tomo 1, administrativa, tesis: 1a./J. 129/2012 (10a), p. 899.

<sup>5</sup> Entre los sistemas doctrinales y jurídicos que sostienen esta responsabilidad patrimonial lo encontramos en Francia, España y Colombia. (Nota del autor).



lizaremos la naturaleza y evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México y en la 2 los problemas y retos que se representan para el reforzamiento de esta figura jurídica.

## II. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

En las siguientes subsecciones analizaremos, primero, la responsabilidad del Estado en el marco jurídico nacional mexicano (1.1), y en subsecciones 1.2 estudiaremos la responsabilidad por falla de servicio, que se ha confirmado por jurisprudencia nacional mexicana, pero sin integrarse en la ley o como un régimen de responsabilidad patrimonial.

### El marco jurídico mexicano

La institución de la responsabilidad objetiva del Estado —muy diferente del entendimiento en el régimen jurídico colombiano (Armenta Ariza, 2009, p. 95)— ha carecido de claridad conceptual y terminológica. La teoría del riesgo puede ayudar a esta clarificación en México, ya que la objetividad establece la ausencia de intencionalidad dolosa (Broyelle, 2008 p. 1514), es decir, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo. Lo relevante para establecer una responsabilidad es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida de manera irregular y el daño. Debiendo entender que la misma está desvinculada sustancialmente de la negligencia, dolo o intencionalidad, propios de la responsabilidad subjetiva e indirecta, regulada por las disposiciones del derecho civil (Burrue Huerta, 2009, p. 72). La jurisprudencia mexicana mantiene el principio de que

cuando el artículo 113 constitucional (hoy 109, último párrafo) alude a que la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado surge si éste causa un daño al particular «con motivo de su actividad administrativa irregular», abandona toda intención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración<sup>6</sup>.

No es necesario buscar si la persona quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente en México:

---

<sup>6</sup> Responsabilidad Patrimonial del Estado. Diferencia entre Responsabilidad Objetiva y Subjetiva. Época: novena época, registro: 169428, instancia: pleno, tipo de tesis: jurisprudencia, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVII, junio de 2008, materia(s): constitucional, tesis: P./J. 43/2008, p. 719.

La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad. (Fernández Fernández, 2010, p. 46)

Para indemnizar el perjuicio solo basta con demostrar por parte del particular la realización de una actividad administrativa irregular y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el daño (Quintana López y Casares Marcos, 2013, p. 62).

Lo directo, en la Responsabilidad Patrimonial del Estado en México, es la actualización del antiguo artículo 1927 del Código Civil federal de 1928 mexicano (hoy derogado), que establecía una responsabilidad indirecta del Estado, ya que este tenía la obligación de responder

del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores público.

Dicho artículo civil tenía su fundamento en la teoría de la culpa y el concepto de daño ilícito, la cual que prevaleció hasta 2002, cuando se introduce la responsabilidad patrimonial del Estado de forma directa, es decir, respondiendo la institución y no el funcionario público.

En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México (SCJN), por medio de por jurisprudencia establece que la responsabilidad objetiva y directa —heredado del sistema español (ver Quintana López y Casares Marcos, 2013, p. 46)— es aquella

en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por una actividad irregular del Estado, entendida ésta como los actos de la administración realizados de manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración<sup>7</sup>.

Se hace la anterior precisión por que el antiguo sistema civil de responsabilidad patrimonial del Estado establecía la subjetividad o la culpa del funcionario público (sujeto) y no del ente admi-

---

<sup>7</sup> Responsabilidad Patrimonial del Estado Objetiva y Directa. Su significado en términos del Segundo Párrafo del Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Época: novena época, registro: 169424, instancia: pleno, tipo de tesis: jurisprudencia, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XX-VII, junio de 2008, materia constitucional, tesis: P./J. 42/2008, p. 722.

nistrativo (objetivo), lo cual prevaleció hasta 2002 en México. Además, en el sistema jurídico mexicano, lo directo significa que cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, estos podrán reclamarla directamente al órgano administrativo y no al funcionario público, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de su actuación, y sin tener que demandar previamente al servidor público una indemnización. Todo lo anterior fue una serie de adaptaciones únicamente fundamentadas en el derecho español (Marín González, 2004, p. 15), y sin consultar otros regímenes de responsabilidad patrimonial, como el colombiano o el francés.

El siguiente elemento de la responsabilidad patrimonial se encuentra en la actividad irregular, y es la que ha generado el mayor debate. El fundamento de mantener un sistema de responsabilidad patrimonial basado en un acto irregular únicamente se explica por el dictamen de adición del párrafo segundo del antiguo artículo 113 (hoy 109, último párrafo) de la Constitución emitido por Senado, el cual establece lo siguiente:

No se considera prudente, por el momento, incluir la actividad normal o regular de la administración, dado que ese criterio no ha cobrado gran aceptación en nuestro derecho; sin perjuicio, por supuesto, de que el rumbo que tomen estas nuevas disposiciones permitan una revisión posterior sobre este punto<sup>8</sup>.

Ahora bien, la SCJN mediante jurisprudencia de 2014 confirma lo expuesto por el Senado en 2001, y establece que

esa delimitación podría estar sujeta a revisión posterior con base en el desarrollo de la regulación de responsabilidad patrimonial en nuestro país, lo cierto es que extender su ámbito protector a los actos normales o regulares de la administración pública sólo puede tener efectos mediante reforma constitucional, por lo que esa ampliación protectora no puede establecerse a virtud de ley reglamentaria u otras normas secundarias, pues con ello se contravendría la esencia que inspiró esta adición constitucional<sup>9</sup>.

Reafirmado así que la responsabilidad patrimonial del Estado en México excluye los casos en los que el daño es producto del funcionamiento regular o lícito de la actividad pública, a diferencia de

---

<sup>8</sup> *Dictamen preliminar aprobatorio de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Gobernación y de Estudios Legislativos* de la H. Cámara de Senadores que aprueba la adición constitucional de la responsabilidad patrimonial en México.

<sup>9</sup> Responsabilidad Patrimonial del Estado. Su regulación Constitucional excluye la actividad administrativa regular o lícita de los entes estatales. Época: décima época, registro: 2008114, instancia: Segunda Sala, Tipo de tesis: jurisprudencia, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 13, diciembre de 2014, tomo I, materia administrativa, tesis: 2a./J. 99/2014 (10a), p. 297.

otros sistemas jurídicos que incluyen los actos normales o regulares de la Administración pública y será el juez mexicano quien tendrá que ir contemplando diversos regímenes de responsabilidad patrimonial, como ha sucedido en Francia, España o Colombia.

Una de las fallas en cuanto a lo objetivo en el sistema jurídico mexicano se encuentra en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la cual menciona aún el concepto de falta grave, aunque no aplicado directamente a la concepción teórica de concepto del sistema francés o español (que tiene una idea de riesgo), y que no se encuentra vinculado con las actividades del servicio público. La redacción la ley mexicana en mención se centra en la legalidad de los actos administrativos, ya que el artículo 6 de la ley en comento establece lo siguiente:

(...) La autoridad demandada deberá indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, cuando la unidad administrativa de dicho órgano cometa falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trata. Habrá falta grave cuando: I.- Se anule por ausencia de fundamentación o de motivación, en cuanto al fondo o a la competencia; II.- Sea contraria a una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de legalidad. Si la jurisprudencia se publica con posterioridad a la contestación no hay falta grave; y III.- Se anule con fundamento en el artículo 51, fracción V<sup>10</sup> de esta Ley.

Por lo cual la ley establece aún un concepto de culpa o negligencia, la cual debería haber quedado, en principio, superado al introducir la responsabilidad patrimonial objetiva y directa en 2002, y los altos tribunales mexicanos aún no se han pronunciado sobre su constitucionalidad, y que aún el particular afectado debe demostrar la falta grave (culpa) de la administración pública.

Pese a los esfuerzos por definir las líneas generales de la responsabilidad patrimonial del Estado en México, y en su afán por distanciarse del derecho civil, la doctrina y la jurisprudencia administrativas utilizan distinciones falsas que, en principio, parecieran mostrar enormes diferencias con la responsabilidad en derecho civil, pero que, en el fondo, solo consiguen crear confusión terminológica donde las soluciones son idénticas para ambas ramas del derecho. Lo anterior debido a la poca claridad, falta de especialistas y la emergencia del derecho administrativo como una materia exorbitante, con sus propias características, diferente del derecho civil (ver Cambero Quezada, 2016, p. 16). Además, el sistema de responsabilidad del Estado en México sigue siendo confuso, y por tal motivo es necesario analizar conceptos aún no incorporados al sistema jurídico mexicano, como la responsabilidad por falla de servicio, que podría ayudar a clarificar los errores terminológicos de la responsabilidad patrimonial del Estado y generar nuevas bases para el mejor entendimiento de dicha figura jurídica en México.

---

<sup>10</sup> “V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades”.

## La falla de servicio como elemento objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado

La responsabilidad por falla de la Administración pública significa que esta última debe responder no solamente de sus propias fallas, lo que se conoce como “falla de servicio”, que en términos generales corresponde a una falla de la Administración como organización. En otros países, como Colombia, la falla en el servicio ha sido una imputación tradicional de responsabilidad del Estado (Güechá Medina, 2012, p. 95); basta que el particular manifieste una mala marcha general y anónima del servicio; y que el servicio, en su organización o en su funcionamiento, ha sido defectuoso, y que el daño proviene como una consecuencia de lo anterior. Se juzga directamente al servicio público (desde la óptica constitucional mexicana se denomina “responsabilidad directa”) y no al funcionario (Llorens-Fraysse, 1987, p. 66). Las fallas cometidas por los agentes al servicio del Estado no incluye únicamente a los servidores públicos nombrados, designados o contratados por el Estado, sino en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración pública, cuando le hayan ocasionado daños y perjuicios a los bienes y derechos de los particulares derivado de faltas o infracciones administrativas graves. En España se definió de la forma siguiente:

Si la responsabilidad extracontractual civil descansa sobre la culpa como criterio de ilicitud del daño o perjuicio y en la excepcionalidad de la imputación de la misma por hecho de tercero (por culpa *in vigilando* o *in eligendo*), la evolución que conduce a la responsabilidad administrativa perfila ésta justamente sobre las características opuestas: la responsabilidad de la Administración pública por daños o perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos de su titularidad es directa (se atribuyen siempre a la propia organización administrativa titular del servicio las consecuencias de los hechos de sus agentes) y objetiva no requiere el concurso de culpa. (Parejo Alfonso et al., 1998, p. 105)

Esto es, existe la obligación y la responsabilidad derivada de la realización objetiva del hecho dañoso, imputable al Estado, y no la motivación subjetiva del agente de la administración. Sin embargo, no toda la falla del servicio genera automáticamente la responsabilidad de la Administración. Hace falta un cierto grado de insuficiencia en el mismo, que varía según los servicios, los lugares y las circunstancias (Moreau, 2002, p. 685). Por lo tanto,

en el régimen de falla del servicio, el Estado al incumplir sus obligaciones incurre en una falta anónima, la cual le es imputable a una actividad prestada por una entidad pública causante del perjuicio. Cuando se pretende reclamación de perjuicios basados en el régimen de falla en el servicio, no es necesario demostrar acción u omisión del servidor público en concreto o determinarlo, basta con señalar que ésta es proveniente de una entidad pública. (Armenta Ariza, 2009, p. 99). Así, se colige que la razón fundamental de la responsabilidad patrimonial es propiciar y garantizar, en primer lugar, que la actividad administrativa sea regular y que la gestión pública se preste conforme a ciertos estándares de calidad,

lo que encierra en sí mismo un derecho fundamental a una eficiente administración pública, pues si se incumple con esos estándares se tiene garantizado el derecho a la indemnización. Por ello, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño en los bienes y derechos de los particulares por la actuación irregular de la Administración pública, se configura, por una parte, la responsabilidad del Estado y, por otra, el derecho de los afectados a obtener la reparación (Henaó, 2007, p. 116).

En ese sentido, los Tribunales Colegiados de Circuito en México (Tribunales Superiores del país) mediante tesis aislada introducen la falla de servicio en las actividades irregulares, estableciendo lo siguiente: “actividad administrativa irregular es aquella que por acción u omisión incumpla con las obligaciones legales establecidas o por el funcionamiento defectuoso de un servicio”<sup>11</sup>. Lo que en la doctrina y la jurisprudencia en Francia se conoce la *faute de service* (Waline, 2016, p. 515) o falla del servicio que se desprende de la prestación de un servicio estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente por ese daño ocasionado cuando sea causado por una falla en el servicio, lo cual se configura como nexo causal. Frente a este punto vale la pena aclarar que para que el Estado cumpla su función, esto es, los servicios que tiene a su cargo, debe hacerlo por intermedio de individuos y entidades que muchas veces son imposibles de identificar al ocurrir el daño y por ello el Estado responde directamente (Cambero Quezada, 2011, p. 106), es decir, el funcionamiento anormal de un servicio público por falla o deficiencia y el cual es confirmado por tesis aislada por los mismos tribunales en 2013<sup>12</sup>, y se establece precedente al respecto de manera terminante en el sistema jurídico mexicano que introduce un régimen de responsabilidad por falla de servicio:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. CAUSAS GENERADORAS DE LA RUPTURA DEL TÚNEL EMISOR PONIENTE DEL SISTEMA PRINCIPAL DE DRENAJE DEL VALLE DE MÉXICO EL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2009 Y SU CONEXIÓN CON LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LA INUNDACIÓN QUE PROVOCÓ, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL PAGO INDEMNIZATORIO CORRESPONDIENTE. Con el propósito de verificar si el Estado actuó de acuerdo con las condiciones normativas y propias de la actividad aplicable y cumplió con los parámetros establecidos, para estar en posibilidad de determinar si lo hizo con la debida diligencia en la prestación del servicio público de drenaje, en el caso de la ruptura del túnel emisor poniente del sistema principal de drenaje del Valle de México el 6 de septiembre de 2009, debe considerarse el informe final del análisis que al efecto realizó el Instituto de Ingeniería de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde concluyó que lo que ocasionó dicha ruptura fue lo siguiente: i) una lluvia extraordinaria; ii) se urbanizó densamente la zona, lo que produjo que se superara la capacidad de diseño del

<sup>11</sup> Época: décima época, registro: 160919, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de tesis: aislada, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro I, octubre de 2011, tomo 3, materia constitucional, tesis: III.4o.(III Región) 59 A (9a), p. 1623.

<sup>12</sup> Época: Décima Época, Registro: 2003143, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, marzo de 2013, tomo 3, materia administrativa, tesis: I.4o.A.35 A (10a), p. 2077.

aludido túnel al recibir mayores descargas de drenaje; iii) el hundimiento aguas abajo del Río de los Remedios y a la urbanización aguas abajo en las cuencas de los Ríos Tlalnepantla y San Javier, por lo que han perdido la capacidad de conducción que tenían en la época del proyecto, lo que limitó los posibles desfuegos hacia esos cauces para no inundar zonas urbanas; y, iv) se ha retrasado la obra propuesta en el plan maestro de 1994 de construir un túnel paralelo y ampliar la capacidad de canal abierto. De lo anterior se advierte que no únicamente la presencia de lluvia extraordinaria fue la causa generadora de la ruptura —como lo adujo la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA)—, pues desde el diseño y construcción del referido túnel se tenía conocimiento de su carácter provisional, lo cual hacía necesaria la supervisión, mantenimiento y ejecución de nuevas obras a fin de generar su correcto funcionamiento, lo que no se realizó y, en consecuencia, los daños producidos a causa de la inundación por la ruptura *se originaron por la falta de eficiencia debido a la ausencia de conservación, desarrollo y mantenimiento de la infraestructura*, de manera que el *funcionamiento anormal* del mencionado servicio fue determinante en los señalados daños, para efectos de la procedencia del pago indemnizatorio por responsabilidad patrimonial del Estado. (Tesis: I.4o.A.39 A –10a—)

De lo anterior se desprende una evolución hacia el régimen de falla de servicio por parte de los tribunales nacionales, pero sin volverse a pronunciar al respecto. Otro aspecto importante del principio de responsabilidad patrimonial ha sido la responsabilidad sin falla, que ha marcado la originalidad y la autonomía del derecho de la responsabilidad patrimonial en otros países, como es caso de Francia y Colombia. En México aún no se tienen las bases para introducir el régimen de responsabilidad sin falla o funcionamiento regular de la Administración, el cual se relaciona más con una necesidad de solidaridad social, con la ruptura de la legalidad frente a las cargas públicas o riesgo, en el que el Estado compromete su responsabilidad cuando, por ejemplo, en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los particulares, ya sea en su persona o en su patrimonio, en una situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente, las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de una obra pública o de la prestación de un servicio, por lo que la Administración no podrá eludir la responsabilidad probando que actuó de forma regular o normal por los daños y perjuicios generados (Quintana López y Casares Marcos, 2013, p. 235). Esta construcción en México tendrá que ser progresiva para lograr armonizar conceptos y no caer en contradicciones entre la responsabilidad objetiva y la noción de culpa, propio del antiguo sistema civilista, para consolidar un verdadero sistema directo y objetivo, adaptando también los elementos que se analizarán a continuación.

### III. EVOLUCIONES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Otro de los problemas que suscita la responsabilidad patrimonial del Estado en México es el procedimiento para obtener la indemnización, que de este análisis se desprende que contiene algunos elementos violatorios de los derechos humanos (véase 2.1). Y en caso de lograr el particular una



indemnización favorable, el Estado puede repetir mediante las acciones en repetición contra los funcionarios para recuperar el total de lo indemnizado, sin embargo, dichas acciones son hasta el momento prácticamente ineficaces en el sistema jurídico mexicano derivado de su componente federalista (véase 2.2).

### **Procedimiento de indemnización: violatorio de los derechos humanos**

Sin duda alguna, uno de los grandes candados del procedimiento de indemnización es el artículo 18 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (y los artículos correlacionados de la ley en comento en cada Estado), el cual establece lo siguiente: “La parte interesada deberá presentar su reclamación ante la dependencia o entidad presuntamente responsable u organismo constitucional autónomo, conforme a lo establecido en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo”. Y el artículo 24 de la misma ley estipula:

Las resoluciones de la autoridad administrativa que nieguen la indemnización, o que, por su monto, no satisfagan al interesado podrán impugnarse mediante recurso de revisión en vía administrativa o bien, directamente por vía jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (sic.)<sup>13</sup>.

Por lo tanto, el particular debe agotar un procedimiento ante la propia Administración, que es juez y parte (principio de la justicia retenida por la propia Administración que ha sido superado desde hace decenios en diversos países con un sistema similar de responsabilidad patrimonial), y después acudir al recurso de revisión (ante la propia la autoridad de nuevo, que es juez y parte) o ante un tribunal especializado en lo contencioso administrativo. Esto se convierte en un verdadero calvario para el particular en México que ha sido lesionado en sus derechos por parte de la Administración pública. Se puede inferir con dicho candado una necesidad de proteger la función jurisdicción de un exceso de trabajo derivado de los procedimientos de indemnización, sin embargo, existen elementos de violación a los derechos humanos si atendemos lo establecido por las convenciones y tratados internacionales, y la propia Constitución mexicana.

Se ha podido constatar que en la mayoría de los casos, la autoridad mexicana retrasa el pago de las indemnizaciones (más por un tema de cultura que por falta de recursos), violentando los derechos de los particulares establecidos en el artículo 109 último párrafo de la Carta Magna y del capítulo III de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en cuanto a plazos y oportunidad en materia de trámites de indemnización, lo que se constituye en una práctica administrativa ilegal e irregular; ya que al ser abrumadora la información y documentación que se le requiere al solicitante de indemnizaciones (trámite que por regla general debiera ser expedito y concluirse en

---

<sup>13</sup> La ley aún no ha actualizado las últimas reformas constitucionales, hoy en día es el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

los plazos legales), se torna muy prologando y con una serie de cargas probatorias para el particular; las cuales, además de resultar de difícil realización, exceden las facultades de las autoridades administrativas. En ese sentido, la ley deja lagunas y existe la posibilidad de que las autoridades puedan solicitar información adicional para efectuar la indemnización, que, en un sentido estricto de la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, es violatorio de la misma.

Así, el artículo 25 de la Convención Americana determina en su numeral 1 que

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reiterado que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. La CIDH advierte que: “No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios<sup>14</sup>, tal y como pasa con los recursos administrativos de solicitud de indemnización, que en la mayoría de los casos son rechazados por la propia Administración<sup>15</sup>.

Este principio conlleva necesariamente la igualdad de armas durante el procedimiento y un libre acceso a un tribunal (en este caso tener la posibilidad de acudir directamente a un tribunal administrativo, sin agotar la solicitud ante la propia Administración). La igualdad de armas no aparece en las convenciones internacionales de derechos humanos, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo usa para expresar la exigencia en el proceso de equidad, independencia e imparcialidad, y también como un componente autónomo del juicio justo, y que se quebranta al solicitar primero a la propia Administración la indemnización. La igualdad de armas se considera un verdadero principio del derecho natural en el derecho procesal, debido al vínculo inseparable entre la igualdad, la justicia y el Estado de Derecho (Lemasurier, 2001, p. 117). Además, la igualdad de armas jurídicas se reafirma en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políti-

<sup>14</sup> Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 8, párr. 89, y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 83, párr. 23.

<sup>15</sup> Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 83, párr. 24.

cos de 1966<sup>16</sup>, el cual establece que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente”<sup>17</sup>. Derivado de lo anterior y debido a las características del sistema federal mexicano, este acceso a la justicia para el reclamo de indemnizaciones tendrá grandes variaciones en caso de que se trate de una Administración pública federal o una Administración pública local (estatal o municipal), ya que el particular se encuentra confrontado a 33 legislaciones diferentes con procedimientos y cargas procesales diferentes para lograr el mismo fin, es decir, la reparación integral del daño, y existen estados federados que aún no contemplan un tribunal administrativo para la reparación efectiva del daño.

Por otra parte, el principio de contradicción (Idoux, 2009, p. 225) está estrechamente relacionado con la igualdad de armas, del cual se deduce que en un proceso justo los principios fundamentales de contradicción, los derechos de la defensa y el de exigencia de un debate justo (implica la igualdad de armas) reflejan la transición de la ley del más fuerte a la aplicación del justo derecho, fundamento esencial del Estado de derecho (Abraham, en Pingel y Sudre, 2003, p. 224). En México, en el caso del procedimiento de solicitud de indemnizaciones no se cumplen con las exigencias antes expuestas y que se relacionan en lo nacional con las exigencias del artículo 17 constitucional, que establece en su párrafo 2º que “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”, en este caso, en la esfera nacional se dilatan las indemnizaciones mediante el agotamiento de una petición ante la propia Administración y el acceso a los tribunales es muy variable, dependiendo del lugar en donde se encuentre la Administración pública que origino el daño.

Por otra parte, el retraso en las indemnizaciones coloca al Estado mexicano en una situación muy vulnerable al violar el derecho a la propiedad, establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual establece en su artículo 17: “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectiva y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. En la misma lógica, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 21 el derecho a la propiedad privada, y estipula: “a) toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes<sup>18</sup> [...]”.

---

<sup>16</sup> México es parte desde el 23 de marzo de 1981.

<sup>17</sup> Ver en particular Comité de Derechos Humanos de la ONU, decisión Robinson contra Jamaica, del 30 de marzo de 1989.

<sup>18</sup> La CIDH define *bienes* en el sentido siguiente: “Son como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 122.

Por su parte, la Corte Interamericana (CIDH) en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*<sup>19</sup> confirma que el derecho a la propiedad, consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la cual garantiza el libre ejercicio de los atributos de esta, entendidos como el derecho de disponer de bienes en cualquier forma legal, poseerlos, usarlos e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho, y agrega que estos abarcan todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es, los que recaen tanto sobre bienes materiales como sobre bienes inmateriales susceptibles de valor. De lo anterior se deriva que cuando un particular en México solicita una reparación integral del daño, la Administración pública, que actúa como autoridad, se encuentra obligada a restituírle ese derecho mediante el justo de pago de una justa indemnización, con la finalidad de no violentar el derecho de propiedad con retrasos injustificados, consagrado en los tratados internacionales y el propio orden jurídico mexicano. Además, se aplica el principio de equidad, obligando al Estado a reparar la desigualdad que nace cuando una persona sufre una lesión por el actuar irregular de aquel, reintegrándole el quebranto patrimonial sufrido injustificadamente. Esto es, tratándose de daños originados por la Administración, los derechos de proporcionalidad y equidad exigen que el Estado devuelva al particular las sumas indemnizatorias por el daño ocasionado. Por lo que es deseable integrar un solo procedimiento ante un tribunal administrativo con una fase de mediación, para así establecer eficazmente un procedimiento de indemnización al alcance de todo particular, derivados de la responsabilidad patrimonial del Estado. Cabe mencionar que la ley mexicana también establece la posibilidad de silencio administrativo o “negativa ficta” para acudir a la jurisdicción administrativa (la “negativa ficta” es una situación muy recurrente realizada por la administraciones públicas en México), contemplado en el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y los respectivos ordenamientos locales, la cual prevé que la resolución en un procedimiento administrativo de solicitud de indemnización debe emitirse en un plazo que no podrá exceder de tres meses, contado a partir, respectivamente, de su inicio o de su interposición. En consecuencia, una vez transcurrido el plazo indicado sin que la autoridad haya resuelto, se otorga al gobernado la posibilidad de elegir entre aguardar el dictado de la resolución expresa o presumir la confirmación de la resolución impugnada, y así poder continuar la impugnación en la instancia contenciosa administrativa (*Mabel Ivanega, 2011, p. 12*). La dificultad de dicha figura jurídica en México radica en la falta de criterios nacionales para el acceso a tribunales locales o recursos ante la propia administración por el silencio administrativo (33 procedimientos diferentes existentes en el país).

Lo antes analizado se complementa con la aplicación de acciones en repetición contra los funcionarios que generaron el daño al particular, con la finalidad que el Estado recupere parte de pago resarcitorio.

---

<sup>19</sup> Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 117.

## La acción en repetición como contrapeso a la corrupción y la impunidad

La Administración pública puede tomar medidas de “regreso”, es decir, recuperar el pago de la indemnización de un funcionario en caso de que el daño se genere por su culpa o negligencia. La excepción ocurre cuando el daño es el resultado de actividad criminal; en este caso, la víctima debe iniciar un proceso civil y penal. Independientemente de la insolvencia del funcionario, la Administración debe responder, ya que es el principio de la responsabilidad objetiva (Burrue Huerta, 2009, p. 85). Así, la responsabilidad es asumida de manera directa por el Estado, con la posible concurrencia de otros entes, pero, en todo caso, respondiendo de los hechos o actos dañosos ocasionados por los servidores públicos, de manera que el procedimiento de reclamación correspondiente se iniciará solamente contra el órgano estatal, no contra los mencionados servidores, sin perjuicio de que, en su oportunidad, estos últimos puedan ser sujetos pasivos de la acción de repetición a favor del Estado (Quintana López y Casares Marcos, 2013, p. 546). Dicho sistema de responsabilidad revela una tendencia simplificadora para el particular que ha resentido un daño en su esfera de derechos atribuible al Estado, que actúa a través de servidores públicos, a fin de que solamente entable su reclamación contra aquel, sin perjuicio de señalar a los segundos que tengan intervención en la actividad administrativa irregular, aunque no como codemandados, dado que los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad patrimonial son los entes públicos federales, estatales o municipales.

En ese sentido, el artículo 31 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establece que

El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique.

Desgraciadamente, las administraciones públicas utilizan un amplio margen de discrecionalidad al aplicar el artículo antes mencionado, generando impunidad y corrupción en diversas áreas de la Administración pública. La pauta es otorgada por el uso de la palabra “podrá”, afianzada en la siguiente contradicción de tesis:

En efecto, el vocablo ‘podrá’, debe ser interpretado como la posibilidad que el legislador da a cargo del particular de elegir (en este caso a la administración pública), [...] prevé antes de acudir al juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, porque el término ‘podrá’ no establece dicha obligación, ya que de haber sido voluntad del legislador ordinario establecer la obligatoriedad mencionada, en lugar del referido vocablo, hubiera redactado la palabra ‘deberá’, la

que sin lugar a dudas establecería la obligación de acudir previamente al recurso de revisión. (Tesis 217/2007-SS)

El vocablo “podrá” (inflexión del verbo “poder”) significa, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (su vigésima segunda edición): “tener expedita la facultad o potencia de hacer una cosa. Tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo”, significados que difieren absolutamente del término “deber”, que significa, según el diccionario de referencia: “Aquello a que está obligado el hombre [...] por las leyes naturales o positivas”. Por lo que la Administración pública hace uso de esa discrecionalidad concebida por ley, lo que genera impunidad y, desde luego, corrupción entre los funcionarios públicos. Este fenómeno no es propio de México, en otros países como Francia también se ha criticado el sistema de acciones en repetición. (Waline, 2016, p. 165). Además, en el caso de que existieran precedentes jurisprudenciales de aplicación obligatoria de acciones en repetición, la jurisprudencia no aplica a la actividad de la Administración pública con base en lo siguiente:

JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS. La obligación de las autoridades administrativas de fundar y motivar sus actos consiste en citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, [...], habida cuenta que por remisión del octavo párrafo del artículo 94 de la Constitución Federal, los preceptos 192 y 193 (actual artículo 217) de la Ley de Amparo, establecen con precisión que la jurisprudencia obliga solamente a los órganos jurisdiccionales. (Tesis: 2a./J. 38/2002, p: 175)

Derivado de lo anterior se deduce que las administraciones públicas en México tienen un gran margen de apreciación en cuanto al reclamo del pago de las indemnizaciones en repetición, porque lo que se impone una reforma a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que regula el artículo 109, último párrafo, de la Constitución, en donde se debe introducir el siguiente párrafo en su artículo 1º: “los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. A través de esta técnica quedará puesto de manifiesto el sentido y finalidad del precepto que es la garantía del ciudadano que, entre otras ventajas, no tendrá que probar la culpa ni el dolo del funcionario. Lo anterior debe venir acompañado de la derogación del siguiente enunciado en la misma ley en comentario: “Artículo 22.- La responsabilidad del Estado deberá probarla el reclamante que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo”. Con lo que reforzaríamos el sistema objetivo y directo de responsabilidad de la Administración.

Por otra parte, la modificación al artículo 31 de la ley antes comentada es necesario para la consolidación del Sistema Nacional Anticorrupción, ya que se tiene que introducir la palabra *deberá*, la cual debe reemplazar la palabra *podrá*, para que la Administración pública pueda instruir igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños o perjuicio causados

en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave, quedando redactado: “el Estado deberá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares [...]”.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

En el derecho mexicano, como ocurre en el derecho español y contrario de lo que ocurre en Colombia, la falla del servicio no es el título de imputación de responsabilidad de mayor tradición, ya que es la responsabilidad objetiva la que tiene una regulación y desarrollo de significativa amplitud. La falla del servicio no es desconocida en el ordenamiento mexicano, frente al funcionamiento anormal de los servicios público. En ese sentido, y frente al incipiente sistema de responsabilidades patrimoniales del Estado, en funcionamiento desde 2005, se detectan algunos rasgos de evolución, pero no lo suficiente para consolidar verdaderos regímenes de imputación de responsabilidad, que se acompañan con vulneraciones a los derechos fundamentales de los particulares, así como una deficiente regulación en las acciones en repetición contra los funcionarios públicos.

Ante este escenario, dos posibles evoluciones de la responsabilidad patrimonial del Estado son deseables en México: la primera, una evolución impulsada por la propia ley, en la que se reforme la ley actual de responsabilidad patrimonial. Esta debe contener una actualización de los cambios aportados por la introducción del Sistema Nacional Anticorrupción y los que se han generado con respecto al artículo 109, último párrafo, de la Constitución, con la intención de establecer claramente otros regímenes de responsabilidad, como lo es la responsabilidad sin falla en el servicio, la aceptación de una culpa que no sea grave y reforzar las acciones en repetición para que estas se vuelvan obligatorias, lo cual permitirá tener mayor certeza jurídica en cuanto las causas de posibles indemnizaciones, y el fortalecimiento del cumplimiento de la Convención Americana y la Jurisprudencia de la CIDH en materia de reparaciones, ambos ordenamientos de observancia obligatoria en México, logrando con ello afianzar el Estado de derecho en nuestro país. Así, es deseable también una reforma constitucional o integración jurisprudencial para tener la posibilidad de que algunos actos regulares o funcionamiento normal del servicio puedan ser susceptibles de ser actos indemnizatorios. Sin embargo, esto debe ser debatido a profundidad por el legislador y expertos en derecho administrativo, ya que de fondo también existe un motivo de hacienda pública y no paralizar la marcha de las administraciones públicas, debido a que existe una pretensión legislativa que impide cargas presupuestarias desmedidas e injustificadas al erario público, ya que por principio la responsabilidad patrimonial del Estado no tiene por objeto pagar cualquier daño con cargo al erario público, sino hacer más eficientes los servicios públicos proporcionados por el Estado.

El segundo escenario, y es el que se suscita en este momento, es una evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado impulsada por la jurisprudencia, ya que ha sido esta la que ha esta-



blecido la constitucionalidad, su definición y alcances, así como la integración de otros conceptos, como la falla del servicio y la responsabilidad por negligencias médicas en servicios de salud públicos. Pero la jurisprudencia aún se muestra débil y temerosa, y pareciera que en ocasiones no se profundiza en los temas de fondo relativos a la materia de responsabilidad patrimonial del Estado, retrasando con ello la mejora en la calidad de la prestación de los servicios públicos, disminuir la corrupción y solucionar los problemas de la convivencia social que se presentan en el país.

## REFERENCIAS

- Abraham, R., In Pingel I., y Sudre F. (coordinadores) (2003), *Le ministère public et les exigences du procès équitable* (pp. 223-224). Bruylant-Némésis.
- Alessandri Rodríguez, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Armenta Ariza, A. M. (2009). *El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación*. "Via Iuris", No. 6, 2009, pp. 88-112.
- Broyelle, C. (2008). Le risque en droit administratif «classique» (fin du XIXe, milieu du XXe siècle). *RDJ*, 6, 1514.
- Burrue Huerta, L. (2009). *La responsabilidad del estado y sus agentes: estudio en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*. México: Porrúa, Escuela Libre de Derecho.
- Cueva Carrión, L. (2018). *Reparación integral y daño al proyecto de vida*. Quito, Ecuador: Ediciones Cueva Carrión.
- Castro Estrada, A. (2003). Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del estado a la constitución mexicana. *Cuestiones Constitucionales*, 8, 205.
- Camero Quezada, G. (2006). Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa. *Letras jurídicas (Revista Electrónica de Derecho)*, 3. <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx>
- Camero Quezada, G. (2011). *L'instauration du Système de Responsabilité de L'administration Publique au Mexique. Analyse de Droit Comparé*. (Tesis doctoral). Universidad de Nantes, Francia.
- Camero Quezada, G. (2016). La evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México. *Letras jurídicas (Revista Electrónica de Derecho)*, 21. <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx>
- Camero Quezada, G. (2018). *La responsabilité de l'administration publique au Mexique*. Éditions Universitaires Européennes.
- Cid Cabello, M. (2014). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México*. México, D.F.: Tirant lo Blanch.
- Couzinet, J.F. (1977). La notion de faute lourde administrative. *RDJ*, 281-312.
- Güechá Medina, C.N. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, 15(29), 95-109.

- Fernández Fernández, V. (2010). *Responsabilidad patrimonial del estado en México e Iberoamérica*. México: Porrúa-Tecnológico de Monterrey.
- Fierro, A. y García, A. (2009). Responsabilidad patrimonial del estado. Interpretación de la SCJN del artículo 113 constitucional. *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, 8, 11-47.
- Henao, J.C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Idoux, P. (2005). *La contradiction en droit administratif français*. Montpellier, Francia: Université Montpellier 1.
- Jourdain, P. (1987). La formation du concept de service public. *Revue du Droit Public et de la science politique, (RDP)*, 1987, pp. 117-132.
- Lemasurier, J. (2001). *Le contentieux administratif en droit comparé*. Paris : Ed. Economica.
- Llorens-Fraysse, F. (1987). *Le poids de la faute dans la responsabilité administrative*. Droits, 5.
- Mabel Ivanega, M. (2011). Silencio administrativo y derecho de petición. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, UNAM, México.
- Marín González, J. C. (2004). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México: Porrúa.
- Moguel Caballero, M. (2006). *La responsabilidad patrimonial del estado*. México: Porrúa.
- Moreau, J. (2002). *Les présomptions de faute en droit administratif de la responsabilité. Mélanges Waline*. Paris: Dalloz.
- Pantaleón Prieto, F. (1994). Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. *Documentación Administrativa*, 237-238.
- Parejo Alfonso, Luciano et al. (1998). *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I (5ª ed.). Barcelona: Editorial Ariel.
- Paillet, M. (1980). *La faute du service public en droit administratif. (Thèse)*. Paris, LGDJ.
- Pulido Quecedo, M. (2010). *Responsabilidad patrimonial del Estado*. Pamplona, España: Editorial Aranzadi.
- Quintana López, T. Casares Marcos A., et al. (2013). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Tomos I y II (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rivero Ysern, E. (1974). La responsabilidad civil frente a la Administración Pública. *Revista de Administración Pública*, 73, 9-32.
- Ruiz Orejuela, W. (2007). *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Valdivia, J. M. (2004). La responsabilidad de la administración del Estado en Francia, en J. C. Marín (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*. (pp. 53-105). México: Porrúa.
- Waline, J. (2016). *Droit Administratif*, Paris: Dalloz.



**Revista de  
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN  
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.55.346.5>

# La mitigación del perjuicio en la responsabilidad extracontractual del Estado\*

*The Mitigation of Prejudice in  
Extracontractual State Liability*

V Í C T O R   A N D R É S   S A N D O V A L   P E Ñ A

Abogado de la Universidad La Gran Colombia. Magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado asesor de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y docente universitario. [vicsandovalp1988@gmail.com](mailto:vicsandovalp1988@gmail.com)

\* Este artículo es una reformulación del escrito de investigación presentado y sustentado para obtener el título de magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

## RESUMEN

En este escrito se estudia la carga que tiene la víctima de mitigar el perjuicio en materia de responsabilidad del Estado. Se pretende establecer si el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, al decidir casos en los que se discute sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, han utilizado la mitigación del perjuicio acorde con su conceptualización y las características que ostenta la figura. En virtud tal propósito, debe ofrecerse un concepto de mitigación del perjuicio, para lo cual, a su vez, debe abordarse sus características más relevantes, su naturaleza jurídica y diferenciación con otras instituciones jurídicas. Con base en lo analizado se adoptará una posición en torno a si la utilización jurisprudencial de la figura en mención ha sido o no adecuada.

### PALABRAS CLAVE

Mitigación del perjuicio, hecho exclusivo de la víctima, hecho concurrente de la víctima, reparación, carga, principio jurídico, proporcionalidad.

## Abstract

The purpose of this text it to study the burden of the victim to mitigate the prejudice caused by state liability. It is intended to stablish if the State Council and the Constitutional Court, whilst deciding cases in which extracontractual state liability is discussed, have used the mitigation of prejudice according to the conceptualization and the characteristics of this figure. The analysis is directed at the cases in which the Courts have made explicit reference to the mitigation of prejudice, and, in some specific cases, without mentioning it, have applied it. Based on this analysis, a position will be adopted on whether the use of this figure by the jurisprudence has been adequate or not.

### KEYWORDS

Mitigation of the prejudice, exclusive fact of the victim, concurrent fact of the victim, remediation, burden, legal principle, proportionality.

## I. INTRODUCCIÓN

En los diversos escenarios fácticos en los que la responsabilidad patrimonial del Estado tiene aplicabilidad, su declaratoria está precedida de la acreditación de dos elementos: la configuración de un daño antijurídico y su imputación a una autoridad pública. Para controvertir la materialización de estos elementos se puede, en lo que respecta a la imputación, desestimar que el daño le sea atribuible al Estado, sea porque operó un eximente de responsabilidad, o porque, ubicándose en un régimen subjetivo de responsabilidad, no se incurrió en una falla del servicio; y, de otra parte, en lo concerniente al daño, la réplica puede encaminarse a alegar la inexistencia del mismo, a demostrar que el perjuicio acaecido no es de la magnitud que asevera la víctima o, por último, a establecer que, si bien el daño es atribuible al Estado, en todo caso, la víctima tendría que haber mitigado sus efectos.

Por cuenta de la última objeción surge la mitigación del perjuicio como una institución que debe ser considerada a la hora de realizar un juicio de responsabilidad extracontractual del Estado. Preliminarmente, debe señalarse que, de acuerdo con esta figura, la víctima del daño tiene que actuar de tal modo que los efectos nocivos del mismo se reduzcan o no se acrecienten, so pena de que el monto de la reparación se vea disminuido en todo aquello que el afectado pudo mitigar.

En este escrito se pretende realizar un examen crítico en torno a la forma como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, al decidir casos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado, han utilizado la mitigación del perjuicio. Para tal propósito, es preciso, en un primer momento, efectuar un análisis de la mitigación del perjuicio, en el cual, luego de identificar diversas posturas doctrinales —análisis descriptivo—, se tomará posición respecto a cómo debe ser concebida dicha figura —análisis propositivo—. Tal estudio tendrá en cuenta los siguientes aspectos de la institución: (i) su conceptualización y efectos; (ii) las medidas exigibles bajo su aplicación; (iii) su naturaleza jurídica y (iv) su diferencia respecto del hecho exclusivo o concurrente de la víctima.

Posteriormente, se abordarán los casos en los que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han hecho referencia a la mitigación del perjuicio o la han empleado sin mencionarla explícitamente, a fin de hacer un análisis crítico de lo decidido por estos tribunales. Para el efecto, se agruparán las decisiones de la siguiente manera: primero, se analizarán dos decisiones del Consejo de Estado en las que se hizo referencia a la figura, resultando ello inadecuado, en la medida en que en estos casos se configuraba el hecho exclusivo de la víctima. Luego, se considerarán cuatro sentencias en las que se aludió a la mitigación del perjuicio sin que ello fuera acertado, puesto que o bien se debía aplicar la concurrencia de culpas, o bien, aunque era aplicable la institución objeto de atención, la citación de la concurrencia anotada era innecesaria. Con posterioridad se estudiará un fallo en el que, además de haberse mencionado la mitigación del perjuicio, se aplicó acertadamente. Finalmente, se examinará una decisión judicial del Consejo de Estado y otra de la Corte Constitucional en las que se aplicó apropiadamente la figura sin mencionarla.

Lo anterior permitirá afirmar que el Consejo de Estado por lo general no ha utilizado adecuadamente la mitigación del perjuicio al aplicarla en situaciones en las que debió utilizar el hecho exclusivo o concurrente de la víctima. No obstante, en un caso, el alto tribunal de lo contencioso administrativo sí empleó acertadamente la institución haciendo referencia expresa a la misma; a lo que se suma que ha habido situaciones en las que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han aplicado de manera correcta la mitigación del perjuicio, aun sin evocarla en la motivación de la decisión.

## II. EL CONCEPTO DE MITIGACIÓN DEL PERJUICIO Y LOS EFECTOS DE SU APLICACIÓN

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, los elementos de la responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y su imputación a este. Es por lo indicado que, al realizar un juicio de responsabilidad extracontractual estatal, una vez verificada la existencia del daño y constatado que este es imputable al demandando, debe determinarse la magnitud de los perjuicios, para así establecer la forma de reparación. Dentro de tal labor es ineluctable revisar el actuar del dañador y, cómo no, del perjudicado. Es que, tradicionalmente, el juicio de responsabilidad se ha centrado en el comportamiento del victimario, relegando el análisis del papel de la víctima a la comprobación de una culpa exclusiva o concurrente de esta, sin que se le asignen verdaderos deberes de diligencia y proactividad en la conducta, a efectos de evitar el daño o mitigar el perjuicio ya causado (Jaramillo, 2013, p. 5).

En esa medida, el comportamiento del afectado debe ser examinado no solamente con ocasión de la producción de la afectación, sino también “en un momento posterior, cuando el perjudicado “agrava” los daños que se habían producido con el hecho lesivo” (San Martín, 2012, pp. 359 - 360). Entonces, siendo el demandado responsable, el damnificado no puede empeorar su situación negativa e, igualmente, está llamado a aminorar los perjuicios que le ocasionen siempre que ello sea factible. Nace, pues, una carga para la víctima: la de mitigar los efectos del daño que le fue ocasionado por otro sujeto.

Jaramillo (2013) expone que la mitigación refiere al deber post-daño por virtud del cual la víctima propende porque los efectos nocivos que le acaecieron “no se propaguen, no se extiendan o se ensanchen, siendo lo deseable frenar su desenvolvimiento (...)” (p.130). Por ende, la actitud de la víctima no solamente se circunscribe a asumir una conducta de abstención en aras de no agravar el daño, sino que además debe hacer todo lo que esté a su alcance para minimizarlo (Jaramillo, 2013, pp. 135-145). De otra parte, Rodríguez Fernández (2008) indica que la aminoración del perjuicio es la obligación radicada en la víctima consistente en adoptar las medidas que sean razonables para mitigar el daño irrogado (pp. 128 -129). Por su lado, Fuentes Guíñez (2005) explica coloquialmente la institución aseverando que la víctima no puede quedarse sentada y omitir hacer algo para

atenuar el perjuicio ocasionado; por el contrario, debe intentar colocarse en la misma situación en la que estaba antes del daño (p. 223).

A partir de lo descrito, se identifican dos caras de la mitigación: (i) actuar de manera tal que el perjuicio se aminore siempre que ello sea razonable y (ii) evitar toda actuación que incremente la pérdida sufrida (Rodríguez Fernández, 2008, p. 133). Con todo, la segunda apreciación no es compartida por Pérez Velázquez (2015), quien enseña que la mitigación del perjuicio difiere del concepto de agravación del daño —*further damage*— bajo el cual la lesión inicialmente producida aumenta como consecuencia del actuar del perjudicado (p. 26).

Así, la aplicación de la figura en examen trae como efectos, en primer lugar, que la víctima no pueda exigir al dañador el resarcimiento del perjuicio que estuvo en capacidad de mitigar (Domínguez Águila 2005, p. 76). En segundo lugar, que el responsable deba reembolsar al perjudicado los costos en los que incurrió para mitigar (San Martín, 2012, pp. 392 y 403), inclusive, si el actuar de este no trae los frutos esperados (Soler Presas, 2009, p. 13). Al respecto se ha advertido que no serían reembolsables los gastos irrazonables, ya que, en dicho caso, realmente la víctima no habría observado la carga mitigatoria (San Martín, 2012, pp. 406 - 408); de esta forma, el reembolso se supedita a que los gastos inútiles *ex ante* luzcan razonables (Fuentes Guíñez, 2005, p. 228). Finalmente, el tercer efecto es que el demandante no puede reclamar la reparación de la pérdida efectivamente evitada (Zurita Martín, 2016, p. 7).

Es de anotar que literalmente mitigar significa “aplacar, disminuir o suavizar algo” (RAE, 2020). Con ello, este término solo podría referirse, en el caso de la responsabilidad patrimonial, a que la víctima *aplaque, disminuya o suavice* los efectos del daño. Bajo este presupuesto, con tal figura no se cobijaría lo relativo a la labor de evitar el aumento del perjuicio, validándose la posición citada arriba, consistente en que esta última es una institución autónoma. No obstante, vale destacar que, bajo la mitigación del perjuicio ampliamente considerada, se puede agrupar tanto la minimización del perjuicio en estricto sentido, como su no aumento. Lo anterior, dado que la reunión de ambas acciones en el concepto de mitigación está justificada en que tienen un objetivo común: limitar la reparación en todo efecto que el damnificado pudo evitar que aumentara y en todo efecto que pudo ser disminuido. De este modo, resulta adecuado omitir la separación conceptual y metodológica de dos acciones que pueden ser agrupadas a partir de una caracterización común.

### III. LAS MEDIDAS EXIGIBLES AL APLICAR LA MITIGACIÓN DEL PERJUICIO

La doctrina ha señalado al unísono que la mitigación del perjuicio opera bajo el entendimiento de que la víctima está llamada a adoptar medidas *razonables* para cumplir con el objetivo mitigatorio, lo cual demanda que su despliegue no genere mayores gastos que el valor del perjuicio por aminorar (Rodríguez Fernández, 2008, p. 129). No se puede, entonces, con la excusa de emplear



la mitigación, exigir a la víctima que busque lo imposible; menos se le puede acusar de no utilizar medidas más favorables a los intereses del dañador (Jaramillo, 2013, p. 136), que arriesgue su vida, adopte paliativos superfluos o que acuda a medidas onerosas (Morea, 2015, p. 90); y tampoco se le puede reclamar que tome medidas que afecten a terceros (Fuentes Guíñez, 2005, p. 227). El análisis de razonabilidad, valga decirlo, presupone que la víctima es consciente de la situación dañosa (San Martín, 2012, p. 373), pues, de no serlo, la mitigación sería inexigible.

Es de mencionar que una medida es razonable si se trata de la ejecución de una conducta de la que es predicable la buena fe (Rodríguez Fernández, 2008, p. 134). Lo razonable, de esta manera, depende de las circunstancias del perjudicado y de los factores contextuales en los que se da el daño (Pérez Velázquez, 2015, p. 28); así, la calificación de la conducta está precedida de verificaciones caso a caso (Pizarro Wilson 2013, p. 80). Al respecto, no puede perderse de vista que la razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado que debe ser dotado de significado en cada situación (San Martín, 2012, p. 387).

A su vez, se dice que la actitud de la víctima frente al perjuicio mitigable ha de caracterizarse como acorde con el actuar de un buen padre de familia, sin perjuicio de que dicho criterio también deba ser concretado, so pena de ser insuficiente (San Martín, 2012, pp. 376 - 384). Armónicamente, se ha expresado que la actuación de la víctima debe ser oportuna y rápida, sometándose su apreciación a la situación particular (Pizarro Wilson, 2013, pp. 79 - 80). Asimismo, que para efectos de evaluar la razonabilidad de una medida es preciso comparar el accionar de una persona diligente en una situación similar con la forma de actuar del perjudicado (Pérez Velázquez, 2015, p. 29).

No cabe duda en cuanto a que, en sintonía con lo expuesto, la mitigación del perjuicio trae de suyo que las medidas esperables de la víctima sean aquellas que se consideren razonables. Es claro, igualmente, que la razonabilidad, además de analizarse caso a caso, demanda determinar el grado de diligencia impreso. Sin embargo, se tiene por insuficiente la idea relativa a que dicha diligencia deba medirse comparando la actuación del perjudicado con la de una persona abstractamente apreciada como diligente —un buen padre de familia o un buen hombre de negocios—, puesto que tal fórmula no explica cuál es en definitiva el actuar de alguien diligente. Se hace circular el postulado: para saber si la víctima fue diligente, el parámetro es que su proceder coincida con el de un buen hombre de negocios o padre de familia, pero aún no se sabe cómo actúan esos personajes ficticios.

Además, se advierte en la doctrina una falta de concretización del concepto de razonabilidad que pueda ser aplicado en casos específicos. No obstante, es de reconocer que Rodríguez Fernández (2008) expone diversos parámetros bajo los cuales puede entenderse que una medida es razonable con miras a mitigar el perjuicio: (i) la evaluación, en materia de responsabilidad contractual, de la experiencia del obligado a mitigar; (ii) los recursos financieros con los que este cuenta; (iii) la imposibilidad de exigir medidas más costosas que el perjuicio infringido; y (iv) el no sometimiento a riesgos a los que antes no estaba expuesta la víctima (p. 135).

En todo caso, con el propósito de alejar a la razonabilidad de su carácter indeterminado, se propone acudir al test de proporcionalidad cuando haya lugar a emprender la tarea de evaluar las medidas adoptadas, o que pudieron adoptarse, por parte del afectado. De esta manera, el análisis de razonabilidad, respecto de los parámetros que deben guiar la conducta de la víctima para mitigar el perjuicio, debe fundamentarse en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (Bernal Pulido, 2008, p. 67).

En concreto, al ser evaluada la razonabilidad de las medidas por medio del test de proporcionalidad, se tiene que este sirve para establecer si una medida que acoja u omita la víctima en aras de mitigar el perjuicio se torna *idónea*, esto es, efectivamente útil para lograr la mitigación del perjuicio; *necesaria*, pues no existen otras medidas menos invasivas de los derechos e intereses del perjudicado tendentes a mitigar el perjuicio; y *proporcionada stricto sensu*, en razón de que al ponderar los derechos de la víctima, en especial el de reparación, con la mitigación, se obtiene que debe prevalecer, para la circunstancia específica, esta última, sin anular la operatividad de los otros.

#### IV. LA MITIGACIÓN DEL PERJUICIO COMO CARGA Y PRINCIPIO

Diversas calificaciones se le han otorgado a la mitigación del perjuicio. Esta ha sido catalogada como un deber, como una obligación y como una carga (Jaramillo 2013, pp. 99 - 100); a esto se sumaría la idea de encuadrarla como un principio jurídico. En este punto cabe recordar que la obligación ha sido tradicionalmente definida como el ligamen habido entre un acreedor y un deudor, de acuerdo con el cual, aquel espera de este un determinado comportamiento, denominado prestación, que, en caso de no observarse, genera como consecuencia que el acreedor pueda constreñir su ejecución o generar su equivalente dinerario, con la correspondiente reparación de los perjuicios provenientes de la desatención (Hinestrosa, 2007). En esa medida, si se entiende que la mitigación del perjuicio es una obligación, lo cierto es que esta surge como un nexo entre la víctima y el demandado, en virtud del cual aquella debe desplegar un comportamiento a favor de este, pues de no ser así, el dañador puede reclamar su cumplimiento. Benítez Caorsi (2008), de otro lado, clasifica la mitigación del perjuicio como una obligación por ser su calificativo tradicional, pero asumiendo que quizá no es el más adecuado (p. 10).

Ahora, entendido el deber jurídico como la necesidad de una determinada actuación impuesta por la ley, un pacto o decisión unilateral, cuyo objetivo es beneficiar a otra persona (Cabanellas de Torres, 2008, p. 109), ha de subrayarse que los autores que califican a la mitigación del perjuicio como tal enseñan que esta reporta un beneficio para el dañador consistente en no reparar el perjuicio que pudo ser mitigado. Así, la mitigación del perjuicio es: (i) exigible a toda la comunidad; (ii) secundaria, pues recae en el acreedor-víctima; y (iii) conductual de medio, que no de resultado (Morea, 2015, pp. 144 - 146).

Por su parte, la carga desde una perspectiva jurídica es analizada como una contravención a la norma que impone una conducta, la cual en todo caso no es un acto ilícito que atente contra el interés de otro, pues simplemente acarrea consecuencias para quien no la observa (San Martín, 2012, pp. 70 - 71). De ahí que quienes encuadran la mitigación del perjuicio en tal concepto explican que al ser esta una conducta, no puede ser exigida coactivamente y su inobservancia no genera responsabilidad (Gamboa Mahecha, 2014, p.8). De esta forma, bajo su operabilidad simplemente se reduce la cantidad de la reparación a la que la víctima tiene derecho (Zurita Martín, 2016, p. 5).

Finalmente, al concluirse que un principio jurídico es un mandato de optimización que ordena “que algo sea realizado en la mayor medida posible” (Alexy, 2013, p. 162), de modo que su aplicabilidad es “una cuestión de mayor o menor adhesión a su contenido” (Sandoval, 2015, p. 12), lo cierto es que la mitigación del perjuicio “impone en el incumplido o perjudicado el deber de tomar las medidas razonables para mitigar el daño resultante del incumplimiento” (López Santa María, 2007, p. 353).

Visto este panorama, es de anotar que, en lo que hace relación con su naturaleza, la mitigación del perjuicio debe ser tratada como un principio, por cuanto de este son predicables las características que la doctrina ha delineado para dicha tipología normativa. Sobre el particular, en primer lugar, cabe señalar que los principios, además de caracterizarse por ser normas con un alto grado de indeterminación y por ser normas fundamentales (Guastini, 2017, pp. 183 - 190), en ocasiones no encuentran una consagración normativa concreta, pero pueden ser extraídos de diferentes normas jurídicas. Al respecto, Guastini (2017) explica que, de manera general, “de una o más reglas se desprende —o, mejor dicho, se construye— un principio implícito mediante una conjetura en torno a la ratio, a la razón de ser, a la finalidad, de la regla o las reglas en cuestión” (p. 197). Ello sucede con la figura en estudio. En efecto, la mitigación del perjuicio se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico ya que, si bien no está consagrada específicamente en una disposición positiva, sí puede ser dilucidada a partir de lo descrito en varios textos normativos.

Así pues, la mitigación halla sustento jurídico en el principio de buena fe (Jaramillo, 2013, pp. 160 - 166), aplicable a toda situación jurídica en los términos del artículo 83 de la Constitución colombiana, según el cual, “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Esto es así porque la inobservancia de la mitigación por parte de la víctima, emparejada con la pretensión de reparación, incluyendo lo no mitigado, luce como una conducta alejada de toda honestidad y lealtad.

Además, la mencionada figura encuentra sustento en la prohibición de abuso del derecho, consagrada en el numeral 1º del artículo 95 de la Constitución de Colombia (Jaramillo, 2013, p. 112), en virtud del cual es deber de toda persona “[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. Ello en razón de que, aunque no se discute que la víctima ostenta el derecho a ser repa-

rada integralmente, la no mitigación del perjuicio concatenada con la pretensión indemnizatoria implica el desbordamiento de la prerrogativa de reparación.

A su vez, en criterio de San Martín (2012), la mitigación del perjuicio se encuentra fundamentada en el principio de autorresponsabilidad (pp. 320 - 327), el cual trae consigo que la víctima mitigue el perjuicio para así consolidar el derecho a la reparación de todo efecto exento de la misma. De hecho, en consonancia con lo expresado previamente, San Martín (2012) sostiene que el hecho de que la autorresponsabilidad fundamente la mitigación del perjuicio supone la constatación de que esta institución es una carga, pues su inobservancia trae de suyo que sea el damnificado quien tenga que soportar las consecuencias de ello (p. 326).

Con todo, en el ordenamiento jurídico colombiano no se identifica una disposición normativa que directa y expresamente desarrolle la mitigación del perjuicio en materia de responsabilidad extracontractual. Aun cuando Jaramillo (2013) enuncia diversos referentes normativos de la figura —artículo 1074 del Código de Comercio, artículos 1616, 2356 y 2357 del Código Civil y artículo el artículo 77 de la Ley 518 de 1999— (pp. 222 - 227), a decir verdad, por una parte, varias de esas disposiciones tienen aplicación en ámbitos diferentes de la responsabilidad aquiliana —derecho de seguros o responsabilidad contractual— y, por otra parte, las que sí atañen a la responsabilidad extracontractual desarrollan instituciones disímiles a la mitigación del perjuicio. El artículo 2356 del Código Civil, por ejemplo, alude a la responsabilidad por actividades peligrosas; y, de otro lado, si bien el artículo 2357 del mismo Código puede ser tenido, *prima facie*, como un referente normativo directo de la mitigación al señalar que “[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”, la verdad es que el precepto civil en cita es desarrollo directo de la institución de la concurrencia de culpas.

En segundo lugar, es recordar que la doctrina ha expresado que los principios orientan las decisiones interpretativas del juez (Guastini, 2010, p. 235), lo cual sucede con la mitigación del perjuicio si se tiene en cuenta que el operador judicial puede emplearla para optar por una determinada hermenéutica en un caso en el que se busque establecer el monto de la reparación a cargo del responsable.

En tercer lugar, la figura en estudio demanda que su contenido sea observado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. Esto trae de suyo que, como se explicó previamente al evocar el test de proporcionalidad como un instrumento de verificación de la conducta de la víctima de cara a la tarea mitigatoria, al enfrentarse con otros principios, en ocasiones la mitigación del perjuicio pueda ser utilizada prescindiendo de aquellos; y que, en otras oportunidades, la mitigación del perjuicio ceda por enfrentarse con un principio de mayor importancia. Lo descrito es importante porque permite desentrañar los límites en la aplicación de la mitigación del perjuicio cuando esta se enfrenta con un principio ante el que tenga que ceder. Es de resaltar que la pugna entre principios, la más de las veces, surge frente a los derechos de la

víctima, en especial en relación con su derecho de reparación. No puede desconocerse que la aplicación de la mitigación implica una tensión con la expectativa de la víctima de ser reparada, más si se considera que, como lo subraya Domínguez Águila (2005), tradicionalmente se ha entendido que el principio de reparación integral se ve socavado por la mitigación del perjuicio (p. 82).

Por último, es de señalar que se coincide con la doctrina mayoritaria citada previamente en cuanto a que la mitigación del perjuicio ha de ser calificada como una carga, debido a que esta no es exigible coactivamente del afectado, pero de no observarse, se produce la consecuencia según la cual no hay lugar a la reparación de aquello que pudo mitigarse. Bajo la lógica de acción-efecto, es apenas razonable que el afectado asuma las consecuencias que derivan de la inobservancia de la carga objeto de estudio. Esto significa que la mitigación del perjuicio no puede demandarse coercitivamente, pues con ello nacería un derecho en favor del dañador, y tal parecer reboza toda idea de justicia, ya que no se vislumbra como proporcional que quien afecta a otro además tenga derecho a exigir que el lesionado adopte medidas para repeler los efectos del daño.

## **V. LA MITIGACIÓN DEL PERJUICIO ES UNA FIGURA DIFERENTE AL HECHO EXCLUSIVO O CONCURRENTES DE LA VÍCTIMA**

Otro debate asiduo en el escenario jurídico es el que tiene como propósito preguntarse si la mitigación del perjuicio es sinónima de la culpa o hecho de la víctima —concurrente o exclusivo— o, por el contrario, es una institución distinta. Debe recordarse que la imputación como elemento de la responsabilidad del Estado puede ser desvirtuada por vía de la acreditación de una ausencia de falla del servicio en responsabilidad subjetiva, y la demostración de una causal de exoneración de la responsabilidad, tratándose de responsabilidad subjetiva u objetiva (Patiño, 2011, p. 376). Las causales de exoneración son la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa de la víctima, definida esta última también como el hecho exclusivo de la víctima, expresión a la que se acude en este escrito teniendo en cuenta que, como lo advierte Santofimio (2013), el Consejo de Estado colombiano ha matizado el carácter culposo de la acción (p. 188).

Con el hecho exclusivo de la víctima se rompe el vínculo de imputación del daño con el demandado, en la medida en que solo al actuar del afectado es atribuible la lesión. En otras palabras, este eximente se materializa en caso de que al perjudicado le sea imputable su propio daño. Es de resaltar que, para que el hecho de la víctima exonere completamente al demandado, es necesario que la producción del daño le sea imprevisible, irresistible y que con su actuar no haya contribuido a la misma (Patiño, 2011, p. 392). Empero, si el demandado y la víctima contribuyen a la materialización de la afectación, se habla del hecho concurrente de la víctima, el cual conlleva la repartición de la responsabilidad entre estos (Arenas Mendoza, 2013, p. 248).

Ahora bien, quienes defienden que el hecho de la víctima es sinónimo de mitigación del perjuicio señalan que, a decir verdad, esta aparece o se subsume en el concepto de aquella, de modo que en uno y otro caso lo que sucede es que la conducta de la víctima es determinante en la materialización del daño, con lo que la reparación debe ser disminuida o negada. Además, en opinión de Morea (2015), una porción de la doctrina finca la mitigación del perjuicio en el hecho exclusivo de la víctima, dado que la mitigación implica la exclusión de la reparación de aquellos daños que son consecuencia de la actuación de esta (pp. 122-124) —vale aclarar que, como se verá más adelante, esta posición no es compartida por el autor en cita—. A su vez, Mosset Iturraspe (2004) expresa que el hecho concurrente de la víctima y la mitigación del perjuicio hacen alusión a lo mismo, ya que hay

culpa concurrente cuando el perjuicio sufrido por la víctima reconozca como causa fuente, además de la conducta del victimario, su propio quehacer; pero también se da dicha concurrencia cuando la víctima [omite] realizar los actos encaminados a evitar o a disminuir el daño. (p. 146)

En oposición, los que defienden la idea de que la mitigación del perjuicio es una institución diferenciable del hecho de la víctima —incluso concurrente—, sostienen que mientras que aquella encuentra espacio luego de que el daño acaece y le es atribuible —aunque sea parcialmente— a un sujeto diferente del mismo afectado, el hecho de la víctima germina antes de que se produzca el daño y se concibe como un eximente de responsabilidad, con lo cual, si el daño es imputable exclusivamente al demandado, se sigue que el eximente no es aplicable (Morea, 2015, p. 221). En otras palabras, la mitigación tiene cabida cuando ya se ha imputado el daño al demandado, en tanto que el hecho de la víctima rompe esa imputación, de forma que o se limita o se desvirtúa la responsabilidad (Morea, 2015, pp. 221 - 222).

En ese sentido, se advierten como diferencias las siguientes: (i) como eximente de responsabilidad, el hecho de la víctima acarrea la interrupción del nexo causal, empero, la mitigación parte de la base de que, causalmente, sí hay relación entre el daño y la conducta del dañador, que solo admite una interrupción parcial, que no total, cuando no se observa el deber de mitigar el perjuicio; (ii) temporalmente, el hecho de la víctima surge en el momento anterior o simultáneo a la producción del daño, entretanto que la minimización del perjuicio se abre paso con posterioridad al hecho dañoso; y (iii) en lo que respecta a la conducta de la víctima, el hecho exclusivo refiere al hecho dañoso como tal, mientras que la minimización está atada a las consecuencia derivadas del hecho dañoso (Morea, 2015, p. 224). Armónicamente, Benítez Caorsi (2008) indica que más allá de las posibles semejanzas entre el hecho de la víctima y la mitigación del perjuicio, el primero “es entendido como la causa o una de las causas del daño inicial y por lo general anterior o concomitante con la producción del daño original” y, por su parte, la segunda “nunca es fuente del perjuicio y no surge sino después de la sobrevinencia [sic] del daño original, a lo que se agrega, que su función únicamente consiste en limitar la indemnización y no su exclusión” (p. 11).



A la par, es de anotar que el hecho de la víctima puede tener relación con el concepto de evitación del daño, el cual difiere de la mitigación, pues cada uno de estos describe deberes autónomos: el primero “tiene como norte evitar el daño, efectivamente, y el otro el de su mitigación” (Jaramillo, 2013, p. 97). Lo anterior es claro al verificarse que la *evitación* tiene como raíz el propósito de impedir la gestación del daño *ex ante*, mientras que la mitigación se sitúa en el momento *post-daño*, con el objetivo de propender porque los efectos de este no se extiendan (Jaramillo, 2013, pp. 130 - 131).

Con todo, vale destacar que para San Martín (2012) el desconocimiento del deber de evitación y mitigación del daño trae consigo la culpa de la víctima dado que esta hace alusión a “cualquier actitud reprochable del perjudicado, en el sentido que no se comporta conforme lo haría un hombre diligente” (p. 360). Asimismo, en criterio de Morea (2015), es innegable que las dos instituciones coinciden en que (i) hay una intervención de la víctima; (ii) se genera un aporte causal de su parte “en la producción del daño final” y (iii) en que la consecuencia de la aplicación de una y otra institución deviene en “una disminución o supresión de la indemnización a la víctima” (p. 220).

Frente a la diferenciación entre la concurrencia de culpas y la mitigación del perjuicio, Fuentes Guiñez (2005) asume la idea de que la concurrencia opera en razón de que el actuar del dañador no fue el único que causó el daño, puesto que a este también confluyó el de la víctima, a diferencia de la mitigación, que “solamente entra en juego cuando ya no puede atribuirse el daño a un nuevo evento causal introducido por el acreedor [perjudicado], por otro sujeto o por un hecho de la naturaleza” (p. 225). No obstante, San Martín (2012) enseña que los efectos de la aplicación la mitigación del perjuicio y la concurrencia de culpas son los mismos, ya que, en uno y otro caso, “se adosa al perjudicado aquel daño que, verosíblemente, sea producto de su contribución” (p. 372).

Pues bien, aceptar la postura en la que el hecho exclusivo o concurrente de la víctima es equivalente a la mitigación del perjuicio, partiendo de la base según la cual bajo las dos instituciones el actuar del afectado lleva a que se exima de responsabilidad total o parcialmente al dañador —lo que se traduce en la disminución o no reconocimiento de la reparación—, apareja que no tenga sentido estudiar la mitigación como una figura independiente. Si se diseña y desarrolla un concepto, es deseable que esto suceda respecto de fenómenos no cubiertos por otro; de no ser así, se satura innecesariamente la dogmática jurídica.

Así, en este escrito se defiende la idea de que la mitigación del perjuicio es una institución diferenciable del hecho de la víctima en lo conceptual, en su ubicación metodológica dentro del juicio de imputación y en sus consecuencias. A fin de sustentar esa tesis es de resaltar que hay una clara diferenciación entre el momento de producción del daño y el posterior a su acaecimiento. Una vez constatado el daño, el estudio relativo a la producción de este se desarrolla con miras a determinar a quién le es atribuible el mismo, si al demandado, la víctima, un tercero o un hecho de la naturaleza, y el título jurídico de imputación desde el cual podría responder el demandado. En un siguiente instante, suponiendo que el daño es imputable al demandado, se debe estimar el



perjuicio causado como efecto de ese daño, es decir, las consecuencias lesivas de orden patrimonial o extrapatrimonial que deben ser objeto de reparación, al tener origen en la afectación que le sobrevino a la víctima.

En el primero, puede operar la figura del hecho de la víctima con el objetivo de establecer si el daño es imputable a esta, sea de manera exclusiva o concurrente con el demandado. Se trata, en consecuencia, de un eximente de responsabilidad en cuya virtud el demandado se exonera de la reparación por no serle imputable total o parcialmente el daño sufrido por el afectado. En el segundo momento, el de la cuantificación de la reparación, es donde se busca determinar si la víctima dirigió su actuación a mitigar el perjuicio. Sobre este asunto, San Martín (2012) enseña que quienes defienden la diferenciación entre hecho de la víctima y mitigación del perjuicio explican que esta última encuentra espacio de aplicación al momento de definir el monto de la reparación, pero no cuando se determina el nexo entre el hecho y el daño (pp. 295-296). De hecho, nótese que, como ya fue advertido por la doctrina citada, cuando el análisis recae sobre el segundo momento se tiene por descontado que el daño es imputable al demandado. Reitérese, pues, que la labor posterior se proyecta a cuantificar el perjuicio y su forma de reparación, instante en el cual la mitigación del perjudicado tiene cabida, pero no como un eximente de responsabilidad, ya que esta se presupone materializada.

En aras de sumar argumentos, debe tenerse como premisa que, tal y como lo sostiene un sector de la doctrina, el daño y el perjuicio son figuras diferentes por cuanto mientras que el daño es la afectación en sí misma de la integridad de una persona, el perjuicio está constituido por las consecuencias del daño acaecidas a la víctima (Henaó, 2007, pp. 76-79). Por consiguiente, lo que resulta imputable al responsable es el daño, de tal suerte que este debe reparar los perjuicios, dado que los efectos de la lesión se materializan como consecuencias negativas en la esfera patrimonial y extrapatrimonial del afectado (Koteich Khatib, 2010, p. 166). De ahí que el hecho de la víctima aplique cuando se busca determinar si el daño es atribuible al demandado, en tanto que la mitigación es empleable frente al perjuicio, pues esta auxilia la fijación del monto de la reparación. Por tal razón, aunque la mayoría de la doctrina bautiza a la figura en estudio como mitigación del daño, en este escrito se prefiere el término de mitigación del perjuicio.

Vale la pena poner de presente que con esta postura no se niega que puede haber una relación de atribución entre el daño y los perjuicios —relación de causa y efecto—, pero se torna inconveniente desde la perspectiva jurídica no efectuar la diferenciación entre el momento de la imputación y la cuantificación. El no hacerlo equivaldría a realizar múltiples juicios de responsabilidad en torno a cada uno de los perjuicios, a efectos de determinar cuáles le son imputables al demandado y cuáles no, de modo que la argumentación del operador judicial se volvería injustificadamente compleja.

Otro aspecto que permite diferenciar el hecho exclusivo de la víctima de la mitigación del perjuicio es que por vía de aquel la exoneración de responsabilidad hará que el demandado nada tenga que reconocer como reparación, pues se entiende que el único responsable del daño es quien lo sufrió.

En contraste, al presuponerse que el dañador es responsable, la mitigación del perjuicio hace que este deba reparar, pero descontándose todo efecto negativo mitigable.

Ha de distinguirse, de igual manera, entre culpa o hecho concurrente de la víctima y la mitigación del perjuicio. En la medida en que la concurrencia también se muestra como eximente de responsabilidad, aunque sea parcial, el análisis respecto de su aplicabilidad se da en el ámbito de la imputación y, por ende, se diferencia de la mitigación del perjuicio que aparece al momento de estimar los efectos del daño. Es más, la diferenciación es palpable si se tiene en cuenta que puede suceder que, habiéndose probado la concurrencia de culpas, tenga cabida la utilización de la mitigación del perjuicio. Esto, en razón de que, una vez determinado en el juicio de atribución que el demandado es parcialmente responsable de la materialización del daño puesto que para ello también concurrió la víctima, es factible que al verificar la magnitud del perjuicio se tenga por cierto que la víctima no observó la carga mitigatoria, con lo cual se materializa la consecuencia consistente en disminuir la reparación. Resáltese que la aplicación de una y otra institución trae consigo la misma consecuencia: la disminución de la reparación; sin embargo, se trata de figuras no equiparables, usadas en momentos distintos del juicio de responsabilidad.

## **VI. ANÁLISIS DE CASOS DECIDIDOS POR EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Hechas las anteriores disertaciones en relación con la mitigación del perjuicio se procede, como fue anunciando previamente, a abordar el análisis jurisprudencial respecto de la aplicación de la anotada figura.

### **Casos en los que el Consejo de Estado aplicó la mitigación del perjuicio cuando debía acudir al hecho exclusivo de la víctima**

Muerte del agente del DAS (CE, SIII, Sentencia de 6 diciembre de 2013, rad. 29420)

En un operativo llevado a cabo para capturar a un individuo, un agente del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– murió por un disparo recibido de un supuesto delincuente. Al resolver sobre la demanda de reparación directa interpuesta por los familiares del agente, el Consejo de Estado decidió negar las pretensiones argumentando que “la acción a propio riesgo de la víctima fue determinante en la producción del daño, de allí que no [sea] susceptible de ser atribuido [al DAS]”. La sala explicó que los daños deben prevenirse antes de su producción y, en el caso, “la víctima incurrió en un incumplimiento de los estándares funcionales cuando prescindió de la adopción de medidas para evitar o mitigar el daño como la planeación, prevención y seguridad”.

De otra parte, el Consejo de Estado citó la sentencia del 16 de diciembre de 2010 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (rad. 1989-00042-01), en la que se señaló que, en materia de responsabilidad extracontractual, cada vez adquiere mayor importancia el que la víctima intente “mitigar o reducir el daño” que padece, de suerte que a esta le corresponde “desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales (...)”. Así las cosas, para efectos de exonerar al DAS, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo manifestó que la víctima debía procurar mitigar o reducir el daño acaecido y, para el caso concreto, ello no sucedió, en razón de que el afectado se expuso a un riesgo que al final produjo el daño.

Pérdida de un documento en un expediente judicial (CE, SIII, Sentencia de 14 julio de 2016, rad. 41491)

En un caso de responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el Consejo de Estado exoneró de responsabilidad a la Nación - Rama Judicial por la pérdida de un documento por medio del cual se sustituía un poder entre abogados, por considerar que, aunque efectivamente este se extravió, a decir verdad, la apoderada del demandante hubiera podido presentar nuevamente el documento para así evitar la situación dañosa. Sobre este punto, el máximo tribunal manifestó que el interesado pudo *evitar* el daño y al no hacerlo, pretendió trasladar las consecuencias de su negligencia a la demandada.

El alto tribunal concluyó que “la causa determinante del rechazo de la demanda —en el que la parte demandante edificó la generación del daño alegado— fue la contumacia de la propia abogada”, ya que, por cuenta de los requerimientos del juez, a esta le correspondía contener la ocurrencia del daño, o “mitigar sus consecuencias, pues éstas eran previsibles y, por ende, evitables”. Así, pues, luego de citar doctrina relacionada con la mitigación del daño, la sala decidió confirmar la decisión de primera instancia negatoria de las pretensiones.

Análisis crítico de los casos

Es evidente que, atendiendo el estudio probatorio que realizó el Consejo de Estado, en estos casos se configuró el hecho exclusivo de la víctima. En efecto, en el primero, el actuar del afectado a partir del cual se expuso al riesgo que desencadenó en el daño y que fue calificado como culposo, dada la inobservancia de los parámetros que se debían seguir para este tipo de operaciones, permitió *imputarle* a este el daño o, lo que es lo mismo, configuró el anotado eximente de responsabilidad. En el segundo, de aceptarse el juicio de imputación realizado por el Consejo de Estado, la realidad es que la actuación de la víctima consistente en no aportar el memorial previamente extraviado fue la *causa determinante* del daño, por lo que en este también se materializó el hecho exclusivo de la víctima.

Tal análisis descarta de plano la aplicación de la mitigación del perjuicio, puesto que, fue visto suficientemente, esta difiere del hecho exclusivo de la víctima y, dada la forma como se utilizan, las dos figuras son excluyentes. Esto, en razón de que, si se configura el hecho exclusivo de la víctima, no habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado y, por tanto, no se entrará a verificar el monto de la reparación, momento en el cual la mitigación del perjuicio tiene operabilidad. En cambio, si hay lugar a constatar si la víctima tiene la carga de mitigar, se presupone entonces que el demandado sí es responsable del daño. En suma, en los casos en análisis no resultaba ni adecuado ni necesario aludir a la mitigación del perjuicio, si se tiene en consideración que en estos se materializó el hecho exclusivo de la víctima.

### **Casos en los que el Consejo de Estado aplicó a la mitigación del perjuicio cuando debía acudir al hecho concurrente de la víctima**

Inmovilización de un vehículo (CE, SIII, Sentencia de 10 mayo de 2017, rad. 41028)

La Fiscalía General de la Nación inmovilizó un vehículo en el marco de un proceso penal y, pasado el tiempo, lo restituyó, previa declaración de la preclusión de la investigación. El propietario demandó a dicha entidad, pues durante el lapso que se produjo la inmovilización, el vehículo entró en un proceso de deterioro que redundó en su desvalorización.

Para el Consejo de Estado, el daño le resultaba imputable al demandante, ya que a este le correspondía reclamar el vehículo una vez precluyó la investigación y se acreditó que lo hizo luego de seis años. No obstante, también le era imputable a la demandada, debido a que esta entidad tenía que contar con un registro público de los bienes inmovilizados por investigaciones, para así informar a quienes pudieran reclamarlos o, de otro modo, debía declarar la extinción de dominio si nadie reclamaba el vehículo. En el expediente no obraba prueba de que existiera el registro, motivo por el que la sala concluyó que a la entidad no le interesaba preservar la integridad del vehículo, máxime al demostrarse el estado de abandono al que lo sometió.

El Consejo de Estado indicó que la omisión de reclamo del vehículo por parte del demandante “no se acompasa con la obligación de mitigar el daño”, puesto que este tenía que acreditar que efectuó acciones tendientes a minimizar los efectos de la no restitución del bien. Después, el alto tribunal refirió a la mitigación del daño y redujo la reparación de los perjuicios materiales a la mitad, en la sección que denominó “Actualización de la condena y reducción del 50% por la concurrencia de culpas en la producción del daño”.

### Allanamiento y ocupación de un inmueble (CE, SIII, Sentencia de 30 agosto de 2017, rad. 38205A)

Un propietario enfrentó el allanamiento y la ocupación de un inmueble por cuanto las autoridades competentes constataron que el arrendatario lo usaba con fines ilícitos. Transcurridos once años, después de que el proceso de extinción de dominio fuera infructuoso, el Estado le hizo entrega del inmueble al dueño en situación de deterioro. El propietario presentó demanda a fin de solicitar el reconocimiento de los perjuicios derivados de la ocupación.

El Consejo de Estado, en primer lugar, concluyó que la imposibilidad de explotar comercialmente el inmueble durante el período de ocupación y el deterioro del bien durante la medida cautelar eran catalogables como daños antijurídicos. Además, en el escenario de la imputación tuvo como acreditado que las entidades demandadas incurrieron en una falla del servicio por la desatención de las funciones legales a su cargo. No obstante, en criterio del citado tribunal, el afectado contribuyó en la producción de la lesión, pues su conducta desobligante generó la prolongación de la medida cautelar.

Posteriormente, el Consejo de Estado, invocando el principio de la buena fe, expuso que los particulares y el Estado tienen la obligación de mitigar el daño, en la medida en que este es un principio en virtud del cual “la víctima no puede pedir al demandado la reparación de un daño que razonablemente pudo haber evitado o minimizado”. Precisó la sala que la extensión en el tiempo del procedimiento de extinción de dominio y la no designación de su esposa como depositaria del bien fueron lesiones imputables al afectado, pues ello evidencia el desconocimiento de los deberes de mitigación del daño y de colaboración con la justicia. Acto seguido, el referido tribunal citó jurisprudencia relacionada con el hecho concurrente de la víctima y finalizó su motivación indicando que la responsabilidad del Estado sería graduada en un 50 %.

### Incautación de un quiosco (CE, SIII, Sentencia de 14 mayo de 2018, rad. 43776A)

En un operativo de recuperación del espacio público, un alcalde incautó un quiosco de propiedad de una persona, quien, con posterioridad, requirió a la Administración para que este le fuera entregado. Sin embargo, la Administración le indicó que no obraba registro de la retención y, en esa medida, no tenía en su poder el anotado quiosco.

En sede de apelación, el Consejo de Estado reconoció como daño la pérdida del quiosco, el cual es atribuible a la entidad demandada por ser la que lo retuvo en el marco de un procedimiento arbitrario, con lo que incurrió en una falla del servicio. Después, el tribunal aludió al hecho concurrente de la víctima como fundamento de la reducción de la atribución de responsabilidad. Advirtió que el demandante no fue diligente con miras a recuperar el bien retenido y, sumado a ello, manifestó

que en virtud de la mitigación del daño a este le correspondía “minimizar los efectos negativos” por la no restitución del bien.

En consecuencia, el Consejo de Estado redujo en un 30 % el monto indemnizatorio por cuenta de “la participación directa que tuvo la víctima en el hecho dañoso”.

Falla médica (CE, SIII, Sentencia de 14 septiembre de 2017, rad. 38515)

Una mujer se practicó una ligadura de trompas en hospital público. Pasados dos días, la paciente reingresó al hospital con diagnóstico de peritonitis, razón por la que demandó a dicha entidad.

En sede de apelación, el Consejo de Estado determinó como daños “la perforación del íleon” y la cicatriz abdominal que le quedó a la paciente luego de la cirugía por la peritonitis. En lo que atañe a la imputación, la sala coligió que la entidad demandada incurrió en una falla del servicio. Vale destacar que el Tribunal Administrativo de primera instancia concluyó que en el caso concurría la culpa de la víctima y la del Estado, toda vez que la afectada no acudió de manera oportuna al hospital con el objetivo de evitar que se agravara el daño ocasionado en la cirugía. Sin embargo, siguiendo con el examen en torno a la imputación, el Consejo de Estado argumentó que, contrario al parecer del *a quo*, no era del caso graduar la responsabilidad debido a que la perjudicada se acercó oportunamente al centro médico.

Para sustentar su argumentación, el alto tribunal se refirió al concepto de mitigación del daño y al hecho concurrente de la víctima en similares términos a los expresados en el fallo del proceso con radicado 38205A descrito anteriormente.

Análisis crítico de los casos

En los tres primeros casos, el Consejo de Estado, a la par de dilucidar que los afectados no mitigaron el perjuicio, expuso que el daño le era imputable tanto al demandante como a la demandada y, por esa vía, al momento de liquidar el perjuicio señaló que el monto se reducía por *la concurrencia de culpas* en la producción del daño, en los dos primeros –rads. 38205A y 41028– y, en el tercero, por la participación directa de la víctima en el hecho dañoso –rad. 43776A–. Es así como el tribunal confundió la mitigación del perjuicio con la concurrencia de culpas, la cuales, como se ha sostenido, son figuras diferentes con efectos distintos: la primera aplicable al momento de tasar el perjuicio cuando se tiene por descontado que el demandado es responsable del daño, y la segunda aplicable en un momento previo, es decir, cuando se busca imputar el daño. Por tanto, es cuestionable desde el punto de vista jurídico que el Consejo de Estado indique, a la par de hablar de la mitigación del perjuicio, que el daño le es imputable concurrentemente a los demandantes por contribuir a su materialización al no haberlo mitigado.

En estos casos operaba la concurrencia de culpas, pues el daño, entendido como la afectación de los derechos patrimoniales sobre los bienes —el vehículo, el inmueble y el quiosco—, que se prolongó en el tiempo, fue producto del actuar del demandante y el demandado. Con base en esa figura se debieron resolver los casos, sin que fuera necesario aludir a la mitigación al perjuicio, porque con ello se alimenta la confusión conceptual y de aplicabilidad respecto de la concurrencia de culpas. Se dirá en contra de las críticas expuestas que el método del Consejo de Estado y el propuesto en este escrito llevan a lo mismo: la disminución de la reparación. No obstante, aunque ello sea cierto, también toma valor lo ya afirmado en cuanto a que no vale la pena hablar de mitigación del perjuicio cuando el caso se resuelve a partir de la concurrencia de culpas. O se le da una identidad propia a la mitigación del perjuicio desde una utilización del todo adecuada, o se omite su referenciación por ser innecesaria.

Por su parte, en el proceso con radicado 38515 —falla médica—, el Consejo de Estado utilizó de forma inadecuada la mitigación del perjuicio al referirse a esta al momento de efectuar el juicio de imputación, junto con la posibilidad de concurrencia de culpas, con lo cual, nuevamente, parece que para dicho tribunal las dos instituciones fueran sinónimas, en el entendido de que se pueden aplicar indistintamente en un caso. El asunto debió resolverse con base en la mitigación del perjuicio y prescindiendo de la concurrencia de culpas. Para esto, se debió utilizar la mitigación al momento de tasar el perjuicio; por suerte de lo cual, el análisis hubiera arrojado como resultado que el daño —la afectación en la salud por la perforación— es imputable al Estado y, después, frente a los perjuicios, se hubiera podido concluir que no había lugar a la reducción del monto de la reparación, puesto que la víctima cumplió con la carga de mitigarlos al acudir prontamente al centro hospitalario.

### **Caso en el que el Consejo de Estado aplicó de manera correcta la mitigación del perjuicio haciendo referencia explícita a la figura: inmueble rematado (CE, SIII, Sentencia de 1º agosto de 2016, rad. 39241)**

Una persona solicitó la reparación de los perjuicios ocasionados por la nación - Rama Judicial, indicando como hechos que un juzgado civil, en un proceso ejecutivo, le adjudicó por remate un inmueble que tenía un embargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales —DIAN— por deudas tributarias del propietario original. Con posterioridad al remate del juzgado, el afectado pudo adquirir los bienes en un remate realizado por la DIAN.

En el caso, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado y reconoció de la víctima un actuar diligente a fin de aminorar las consecuencias nocivas derivadas de la actuación de la demandada. En ese sentido, la sala estimó que el accionante tenía derecho a que la demandante le reintegrara lo que erogó para mitigar el daño, es decir, lo pagado a la DIAN para ser adjudicatario en el segundo remate.



### Análisis crítico del caso

En este expediente, el Consejo de Estado consideró que el daño ocasionado al demandante le era imputable a la demandada, dado que incurrió en una falla del servicio traducida en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Es de señalarse que, en el caso, los perjuicios se traducen en la afectación patrimonial derivada de la privación del derecho de propiedad sobre el inmueble adquirido en el remate realizado por el juzgado.

Vale anotar que la víctima estaba llamada razonablemente a mitigar los efectos nocivos del daño, por lo menos, presentándose al remate efectuado por la DIAN. Se considera, por consiguiente, que la mitigación del perjuicio se vio reflejada en el hecho de que el lesionado se postuló a este remate y al lograr ser adjudicatario.

De acuerdo con lo indicado, no hay reproche a la forma como el Consejo de Estado utilizó la mitigación del perjuicio, puesto que su análisis se circunscribió a establecer que la demandada debía *reembolsar* los gastos en los que incurrió el demandante para mitigar el perjuicio, es decir, asignó uno de los efectos de la figura en estudio que fueron enunciados en páginas anteriores. Nótese que se tiene por descontado que el Estado es responsable del daño causado, de manera que la mitigación del perjuicio fue aplicada al momento de tasarlo.

### **Casos en los que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional aplicaron la mitigación del perjuicio sin hacer referencia explícita a la figura**

Privación injusta de la libertad (CE, SIII, Sentencia de 4 diciembre de 2006, rad. 13168)

En un proceso en el que se configuró la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado afirmó, a fin de calcular el lucro cesante, que este se revela como los salarios y prestaciones sociales que devengaba el perjudicado directo de la privación en el empleo que tenía al momento en que se generó el daño, por el tiempo que se mantuvo la afectación a la libertad y 35 semanas más. Estas 35 semanas, precisó, corresponden al tiempo que suele tardar una persona económicamente activa en encontrar un nuevo empleo de acuerdo con el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—.

Reparación a funcionario en provisionalidad declarado insubsistente (CC, SU - 556/14)

En la sentencia de unificación SU-556 de 2014, al revisar algunas decisiones proferidas por el contencioso administrativo, la Corte Constitucional, en sede de tutela, dictó posición de cara a la

reparación de perjuicios ligados al daño antijurídico cuya génesis es la declaratoria de nulidad del acto administrativo por el cual se retira del cargo a un funcionario en provisionalidad. Más allá de las discusiones jurídicas que rodean la situación, el análisis se centrará en describir los parámetros que fija la Corte Constitucional para reparar el perjuicio dimanante de tal situación.

El tribunal constitucional advirtió la tensión existente entre el alcance de las medidas de protección hacia quien ha sido desvinculado de un cargo en provisionalidad contrariando el orden jurídico, y la proporcionalidad de la reparación a recibir, habida consideración de las condiciones en las que este se encuentra vinculado. Reflexionó la Corte que si bien el retiro de un funcionario en provisionalidad por un acto ilegal deviene en la materialización de un daño que tiene que resarcirse, esta reparación debe ser limitada por dos factores, de los que vale destacar el segundo por su relevancia para este escrito: el daño indemnizable debe tener en cuenta la responsabilidad que tiene cada persona en aras de generar recursos para su subsistencia, sin que se admita que quien pierde su empleo omita injustificadamente las actuaciones requeridas para la autoprovisión de recursos.

De esta forma, según la Corte, la postura imperante antes de las sentencias auscultadas consistente en que la reparación del perjuicio radica en el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta cuando se da el reintegro efectivo, es decir, luego de proferida la decisión judicial que así lo ordena, resulta excesivo, por cuanto con su aplicación se presume que la persona afectada estuvo cesante durante todo ese tiempo. En contraposición a dicho parecer, en criterio del citado tribunal ha de presuponerse que el afectado tiene la *carga* de asumir su destino, con lo que la posición que ataca luce como contraria a la equidad.

A la par, para la Corte, en esos casos el daño irrogado es la pérdida del empleo a título de lucro cesante, por lo que su reparación integral depende de la evaluación de la expectativa de permanencia en el cargo, aunada a la estabilidad propia de la provisionalidad y a la carga relativa a asumir su sostenimiento. Con lo anterior, agrega, es menester, a fin de reparar el perjuicio efectivamente sufrido, descontar todo lo que la víctima haya recibido después de la desvinculación como retribución de su trabajo, sin importar si se origina en una fuente pública o privada, dependiente o independiente; y, de otro lado, en lo que refiere al periodo por indemnizar respecto al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por la desvinculación, este deberá ser mínimo de seis meses, que es el término máximo de la provisionalidad, sin llegar a ser superior a 24 meses, tomando como medida los estándares internacionales y nacionales recopilados en varios estudios en los que se concluye que el desempleo de larga duración es el superior a un año.

### Análisis crítico de los casos

En los casos descritos el punto de inicio es que el daño le es imputable al Estado; de ahí que el análisis orbite sobre el monto de los perjuicios. Si bien en estas decisiones judiciales no se habla particularmente de la mitigación del perjuicio, lo cierto es que su utilización luce como diáfana, en

la medida en que en las mismas se establece que la víctima tiene la *carga* de conseguir una nueva fuente de ingresos a fin de evitar que la pérdida económica derivada del daño se prolongue indefinidamente. En síntesis, es de resaltar que los altos tribunales limitaron el pago del lucro cesante por cuenta de la preexistencia de la mitigación del perjuicio.

Así pues, la Corte Constitucional se suma a la aplicación de la mitigación del perjuicio; para lo cual parte de la premisa de que el derecho de reparación de la víctima debe compaginarse con la carga de autosostenimiento que también le asiste a esta. Lo descrito, a la postre, se traduce en la imposición de límites a la mencionada prerrogativa de resarcimiento.

En la Sentencia SU-556 de 2014, el otro aspecto que da cuenta de que la mitigación del perjuicio fue empleada, es la configuración de la regla consistente en descontar de la reparación los ingresos que la víctima alcanzó luego de ser desvinculada. Ello materializa el efecto de la figura a partir del cual de la reparación se debe extraer lo efectivamente mitigado.

No cabe duda en cuanto a que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional aplicaron de manera adecuada la mitigación del perjuicio aun cuando no hayan referido a esta expresamente. Adviértase que en las situaciones estudiada en esta sección se tenía por verdadero que la responsabilidad por el daño ocasionado recaía en el Estado exclusivamente, de tal suerte que la mitigación fue aplicada al tasarse el perjuicio. Precisamente, el análisis en torno a la cuantificación del efecto nocivo es ulterior al llevado a cabo cuando se trata de establecer a quién le es imputable el daño.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expresado a lo largo de este escrito, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la mitigación del perjuicio surge como un principio y una carga en cuya virtud el afectado por un daño imputable a una autoridad pública está llamado a aminorar sus efectos nocivos y evitar su aumento, pues no hay lugar a reparar aquello que la víctima, razonablemente, estuvo en capacidad de matizar. La razonabilidad de las medidas mitigatorias debe ser auscultada con el uso del test de proporcionalidad, a fin de que se pueda determinar si estas son idóneas, necesarias y proporcionadas en estricto sentido.

Siendo ello así, los efectos de la aplicación de la figura en estudio son que: (i) en caso de que no se observe la carga de mitigar, el perjuicio proveniente de ese actuar no podrá ser reconocido; (ii) bajo su aplicación deban reembolsarse los gastos en los que incurrió la víctima en la tarea mitigatoria incluyendo los que no fueron exitosos cuando la medida sea *ex ante* razonable; y, en razón de tal figura, (iii) la víctima no pueda pretender la reparación de lo efectivamente mitigado.

Debe anotarse, del mismo modo, que la mitigación del perjuicio se diferencia del hecho exclusivo y concurrente de la víctima en que mientras que esta opera como un eximente de responsabilidad al

momento del juicio de imputación, la mitigación halla cabida al tasar el perjuicio, es decir, cuando ya se tiene por cierto que el demandado es responsable total o parcialmente del daño infringido a la víctima. Otra diferencia es que, tratándose del hecho exclusivo de la víctima, la exoneración de la responsabilidad del demandado es total, al presuponerse que el afectado es el único responsable de su daño; en tanto que la mitigación tiene por cierto que el demandado es responsable del daño, solo que la reparación no versará sobre lo mitigable. Destáquese, a su vez, que el hecho concurrente y la mitigación del perjuicio podrían incluso usarse en un mismo juicio de responsabilidad, en el supuesto en el que el demandado es responsable concurrente con la víctima, y luego se encuentra que, además, esta debía mitigar el perjuicio proveniente del daño que le era parcialmente atribuible al dañador.

Teniendo en mente lo anterior, cabe señalar que, por cuenta del análisis jurisprudencial plasmado en este escrito, subyace como hipótesis que el Consejo de Estado regularmente no ha empleado de correctamente la mitigación del perjuicio al confundirla con el hecho exclusivo o concurrente de la víctima cuando ha hecho mención expresa a aquella —rads. 29420, 41491, 41028, 38205A, 43776A y 38515—, salvo un caso en el que además de citar la institución en estudio, la usó acertadamente —rad. 39241—. De otra parte, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han usado la mitigación del perjuicio adecuadamente en los casos analizados de privación injusta de la libertad —rad. 13168— y desvinculación irregular de un funcionario en provisionalidad —SU 556/14—, respectivamente, sin hacer mención específica a la misma.

Es por lo descrito que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, resulta pertinente llamar la atención, por una parte, en torno a la necesidad de que se aplique de forma adecuada la mitigación del perjuicio, lo que excluye que sea confundida con el hecho exclusivo o concurrente de la víctima; y, por otra parte, para que, cuando se haga uso de la figura examinada, se ponga de manifiesto expresamente tal utilización, labor en la cual habrá que explicarse con suficiencia cómo funciona la misma.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2013). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Arenas Mendoza, H. A. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Benítez Caorsi, J. J. (2008). La obligación en minimizar el daño. *Legislación, jurisprudencia y doctrina*, 1, 7-19.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Cabanellas de Torres, C. (2008). *Diccionario jurídico elemental: edición actualizada por Guillermo Cabanellas*. Buenos Aires: Heliasta.
- Código Civil colombiano. Ley 57 de 1887.
- Consejo de Estado. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado 13168.
- Consejo de Estado. Sentencia de 6 de diciembre de 2013, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero. Radicado 29420.
- Consejo de Estado. Sentencia de 14 de julio de 2016, C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado 41491.
- Consejo de Estado. Sentencia de 1º de agosto de 2016, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Radicado 39241.
- Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2017, C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado 41028.
- Consejo de Estado. Sentencia de 30 de agosto de 2017, C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado 38205A.
- Consejo de Estado. Sentencia de 14 de septiembre de 2017, C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado 38515.
- Consejo de Estado. Sentencia de 24 de mayo de 2018, C. P.: María Adriana Marín. Subsección A. Radicado 43776A.
- Corte Constitucional (2014). Sentencia SU-556, M. P.: Luis Guillermo Guerrero.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Radicado. 1989-00042-01.
- Domínguez Águila, R. (2005). Notas sobre el deber de minimizar el daño. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 79-95.
- Fuentes Guíñez, I. (2005). El deber de evitar o mitigar el daño. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 217 - 218, 223-248.
- Gamboa Mahecha, E. (2014). La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, 51, 1-23.
- Guastini, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2017). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Henao, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*, t. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, C. I. (2013). *Los deberes de evitar y mitigar del daño*. Bogotá: Temis.
- Koteich Khatib, M. (2010). La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 18, 159-204.

- López Santa María, J. (2007). *Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado*. Bogotá: Legis - Universidad del Rosario.
- Morea, A. O. (2015). *El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el ordenamiento jurídico argentino*. (Tesis doctoral). Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, Argentina.
- Mosset Iturraspe, J. (2004). *Responsabilidad por daño. Parte General*, t. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 20, 371-398.
- Pérez Velázquez, J. P. (2015). La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, Universitat Pompeu Fabra, 1, 1-63.
- Pizarro Wilson, C. (2013). Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño. *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, 41, 69-82.
- Presidente de la República de Colombia (1971). *Decreto 410 por el cual se expide el Código de Comercio*.
- Real Academia de la Lengua Española (2020). *Diccionario de la lengua española*.
- República de Colombia (1999). Ley 518, *Por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*.
- Rodríguez Fernández, M. (2008). Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 15, 109-142.
- Sandoval Peña, V. A. (2015). Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, 35, 1-27.
- San Martín Neira, L. C. (2012). *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: Estudio histórico comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (2013). La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática. En *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado* (pp. 129-380). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Soler Presas, A. (2009). La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, Universitat Pompeu Fabra, 2, 2-32.
- Zurita Martín, I. (2016). *Duty of mitigation*, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, Universitat Pompeu Fabra, 4, 2-33.

# **Lineamientos para la formulación del Plan de Búsqueda de Desaparecidos en Norte de Santander\***

*Guidelines for the Formulation of the Search Plan  
for Missing People in Norte de Santander*

**LEIDY PATRICIA CONTRERAS BOLÍVAR**

Abogada y contadora pública de la Universidad Francisco de Paula Santander.  
Investigadora del Grupo de Investigación en Justicia, Derechos Humanos y  
Democracia –JHUSDEM– y Contable CINERA. [lepacobo@outlook.com](mailto:lepacobo@outlook.com)

**EDUARDO GABRIEL OSORIO SÁNCHEZ**

Abogado. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás (Colombia).  
Magíster y doctor en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona (España).  
Ha sido juez y abogado asesor del Tribunal Administrativo del Norte de Santander.  
Consultor nacional e internacional, Profesor investigador de la Universidad Francisco de Paula  
Santander. Investigador Junior Colciencias, Miembro del Grupo de Investigación en Justicia,  
Derechos Humanos y Democracia –JHUSDEM–. [eduardogabrielos@ufps.edu.co](mailto:eduardogabrielos@ufps.edu.co)

\* Este artículo se deriva del proyecto de investigación “La Recolección de Información en casos de Desaparición Forzada para Norte de Santander en el marco de los Acuerdos de Paz”, desarrollado dentro del macroproyecto de investigación sobre Justicia, verdad, memoria y reparación en el contexto colombiano, adscrito a la Facultad de Educación, Artes y Humanidades de la Universidad Francisco de Paula Santander, el cual fue realizado por los autores como integrantes del Grupo de Investigación en Justicia, Derechos Humanos y Democracia –JHUSDEM– de esta universidad.



## Resumen

En este artículo se realiza un análisis de la recolección de información como fase de un plan de búsqueda de personas dadas por desaparecidas y su importancia en el departamento de Norte de Santander (Colombia); para lo cual se identifican lineamientos que deberían considerarse, atendiendo a las características del territorio. Se adopta una metodología mixta. Desde lo cualitativo, y a partir de una revisión documental, se elaboró un marco descriptivo de la fase de recolección de información en la búsqueda de personas desaparecidas; desde lo cuantitativo, se realizó un análisis de datos relativos a las desapariciones ocurridas en el departamento. Como hallazgos relevantes se destaca que para la fase de recolección de información en la región es necesario tener presente sus características y el modo de actuación en el que se cometió el delito de la desaparición y a partir de allí estudiar la temporalidad, el enfoque diferencial y las dinámicas del territorio. Esto implica que se deba contar con mayor información de contexto, teniendo en cuenta su ubicación geoestratégica y condición fronteriza, para lograr una búsqueda efectiva.

### PALABRAS CLAVE

Víctima, conflicto armado, desaparición forzada, plan de búsqueda.

## Abstract

In the article, an analysis on the collection of information as a phase of a search plan for people considered missing and their importance in the Norte de Santander department (Colombia) is carried out, for which guidelines that should be considered, taking into account the characteristics of the territory, are identified. A mixed methodology is adopted. From the qualitative point of view, and based on a documentary review, a descriptive framework of the information gathering phase in the search for missing persons was developed; from the quantitative point of view, an analysis of data related to the disappearances occurred in the department was undertaken. As relevant findings, it is highlighted that, for the information gathering phase in the region, it is necessary to bear in mind its characteristics and the mode of action in which the crime was committed, and, from there, study the temporality, focus differential, and the dynamics of the territory. This implies that more context information must be available, taking into account its geostrategic location and border condition, to achieve an effective search.

### KEYWORDS

Victim, armed conflict, enforced disappearance, search plan.

## I. INTRODUCCIÓN

La planeación de un proceso de búsqueda debe atender a tres preguntas fundamentales que se interrelacionan: (a) quiénes son las personas que han sido desaparecidas; (b) dónde pueden estar, y (c) qué les ha sucedido (Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas, 2012, p. 13). No obstante, el registro de víctimas de desaparición forzada del sistema de información del Estado colombiano “ha sido un problema estructural que persiste y se ha convertido en una constante histórica de negación de la desaparición de personas” (Mesa de Trabajo sobre Desaparición Forzada de la COEUROPA, 2016a, p. 2). Lo anterior explica la disparidad en las cifras que reportan las diferentes bases de datos institucionales.

En el caso de Norte de Santander, el Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (SIRDEC) arroja un total de 5427 personas desaparecidas, de las cuales solo 960 corresponden a desapariciones presuntamente forzadas y las 4446 restantes aún no han sido clasificadas (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2020). Por otro lado, el Registro Único de Víctimas (RUV), en el reporte por municipio de ocurrencia con corte a enero 1 de 2020 registra un total de 1288 de víctimas directas por el hecho de desaparición forzada en el departamento (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas [UARIV], 2020); mientras que el Observatorio de Memoria y Conflicto registra 1805 víctimas a septiembre 15 de 2018 (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018).

De hecho, existe una inconsistencia más en las bases de datos consultadas, pues de acuerdo con el SIRDEC y la UARIV, Mutiscua y Silos no presentan casos de desaparición, pero el Observatorio de Memoria y Conflictos (OMC) reporta que sí. En cuanto a Villa Caro, el SIRDEC no informa casos, mientras que la UARIV y el OMC sí. Lo contrario ocurre con Herrán, Labateca y Lourdes, el SIRDEC reporta casos ocurridos en estos municipios, pero la UARIV y el OMC no. No se sabe con exactitud cuántas personas han sido desaparecidas en cada municipio y “qué sectores de la población han sido más golpeados por este fenómeno: cuántas mujeres, niños y niñas, miembros de la comunidad LGTBI, indígenas, afrodescendientes, campesinos, líderes sociales, defensores de derechos humanos, y familiares de víctimas” (Mesa de Trabajo sobre Desaparición Forzada de la COEUROPA, 2016a, p. 3). Esto, precisamente, porque aún no se ha dado aplicación al *enfoque territorial, diferencial y de género*, preceptuado en el artículo 4 del Decreto 589 de 2017, en todas las fases y procedimientos del plan de búsqueda.

El registro a través del Formato Nacional para la Búsqueda de Personas Desaparecidas<sup>1</sup> no permite el suministro de información detallada relativa a la desaparición y no incluye una categoría específica que permita registrar a una persona como víctima de desaparición forzada, recomendación

---

<sup>1</sup> Al momento de estructurarse este artículo no se tiene constancia de la existencia de un formato oficial diseñado por la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas.

realizada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas en otros procesos (Centro Diocesano para los Derechos Humanos Fray Juan de Larios, 2017, p. 5). Un sistema de información deficiente que no pormenoriza la caracterización de la persona desaparecida ni determina si el caso se trata de una desaparición forzada, secuestro y muerte en cautiverio, reclutamiento, desaparición seguida de ejecución extrajudicial, homicidio en persona protegida u otra modalidad, impidiendo conocer la dimensión de la desaparición forzada como una práctica violatoria de los derechos y garantías fundamentales en Colombia, de manera que se puedan adoptar políticas efectivas.

Evidentemente, lo anterior no responde “de manera prioritaria a la satisfacción de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas, y [aún menos] aliviar su sufrimiento”, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el Decreto 589 de 2017. Un primer paso en firme para esclarecer la verdad, a su vez clave para acceder a derechos como la justicia, la reparación y las medidas de no repetición, es el diseño e implementación de un registro de personas desaparecidas confiable (Centro Diocesano para los Derechos Humanos Fray Juan de Larios, 2017, p. 6), que le permita a la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (en adelante UBPD) *conocer a quién se busca*. Y no es si no a partir del análisis de los procedimientos adoptados en la fase de recolección de información en el plan nacional de búsqueda que se concluirá qué contenido “habrá que recabar, la forma recomendable de hacerlo y las posibles fuentes de información” (Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, 2016, p. 19).

De esta manera, en este artículo se determinarán los lineamientos que deberían considerarse en la fase de recolección de información para la construcción del plan regional de búsqueda en Norte de Santander. De modo que el análisis elaborado arroje elementos que sirvan de insumo para la formulación del plan de búsqueda en este departamento, encontrando cómo puede aplicarse, efectivamente, el enfoque territorial, diferencial y de género en la ejecución de la fase de registro considerando las particularidades de la región.

Cabe aclarar que aunque la UBPD ha definido cinco fases en el proceso de búsqueda, siendo la primera la fase de recolección, organización y análisis de la información (UBPD, 2019), aún no ha emitido “un plan nacional que establezca las prioridades para el cumplimiento de su objeto y planes regionales” de conformidad con el artículo 5 del Decreto Ley 589 de 2017. Por tanto, el análisis que se presenta a continuación se realizó con base en los lineamientos del Plan Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas (CBPD, 2012), cuya primera fase consiste en la recolección de información.

## II. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Qué lineamientos deben considerarse en la fase de recolección de información para la construcción del plan regional de búsqueda de personas desaparecidas en el departamento Norte de Santander?

### III. METODOLOGÍA

Este trabajo presenta un marco metodológico con enfoque mixto. Desde lo cualitativo, se trata de una investigación naturalista e interpretativa que tiene como propósito brindar sentido al objeto de estudio, en función de los significados otorgados por las personas (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 9). A Partir de este planteamiento metodológico, en esta investigación se estudió el fenómeno de la desaparición forzada de personas en el contexto del conflicto armado colombiano, enfocado en el departamento Norte de Santander, así como la normativa, las instituciones y los procedimientos que se aplican en Colombia para la búsqueda de personas desaparecidas. Lo anterior se realizó por medio del desarrollo de una revisión documental (Hernández Sampieri et al., 2014), llevada a cabo bajo una técnica de análisis de contenido, que permitió el estudio científico de la información de manera sistemática y objetiva (López Noguero, 2002), sobre la cual se elaboró un marco descriptivo de la fase de recolección de información en la búsqueda de personas desaparecidas.

La revisión documental comprendió la consulta de informes emitidos por organismos nacionales e internacionales (especialmente de Naciones Unidas) y documentos de trabajo de entidades públicas o privadas, especializadas en la búsqueda de personas desaparecidas, o elaborados por organizaciones de víctimas o de derechos humanos. Además, se observó el marco jurídico nacional e internacional de la desaparición forzada, jurisprudencia nacional e interamericana, artículos de revistas académicas, entre otros, que se consideraron determinantes en la investigación. Los parámetros utilizados para la clasificación de las fuentes de información documental obedecen al estudio y análisis del fenómeno de la desaparición forzada y las estrategias que en el ámbito nacional e internacional se han llevado a cabo tanto por parte de los poderes públicos como de la sociedad civil para encontrar a dichas personas. Lo anterior, implementado a partir de categorías de estudio como el conflicto armado colombiano, la desaparición forzada de personas y los mecanismos de búsqueda.

Desde lo cuantitativo, se realizó un análisis de datos relativos al universo de desapariciones de personas en el departamento Norte de Santander; para lo cual se recurrió al aplicativo LIFE (Localización de Información Forense Estadística), herramienta que hace parte del Registro Nacional de Desaparecidos, el cual es administrado por Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que entrega datos consolidados, no desagregados por año; el Registro Único de Víctimas de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que permitió evidenciar los datos entre el periodo de 1984 a 2020, y el Observatorio de Memoria y Conflicto del Centro Nacional de Memoria Histórica, que condensa datos de desaparición entre el periodo de 1978 y 2018. De esta manera, se procedió a verificar la información oficial con respecto al número de personas desaparecidas en el departamento Norte de Santander.

## IV. RESULTADOS

### La búsqueda de personas desaparecidas en Colombia

**Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas.** La Ley 589 de 2000 creó una comisión nacional y permanente, con el propósito de “apoyar y promover la investigación de delito de desaparición forzada”, la cual se denominó Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas (en adelante CBPD). El Decreto Ley 589 de 2017 delimitó la competencia de la CBPD a “los casos que no se enmarquen en el contexto y en razón del conflicto armado, con pleno respeto de las competencias institucionales y de las facultades de los sujetos procesales”.

El Decreto 1862 de 2014 establece que, para cumplir con su objeto, la CBPD debe diseñar, evaluar y apoyar la ejecución de planes de búsqueda de personas desaparecidas, siguiendo los lineamientos del Plan Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas (en adelante PNB), suscrito el 15 de febrero de 2007. En este se formuló “una estrategia integral, interinstitucional, multidisciplinaria, en la cual participan, entre otros, criminalísticos, jueces, fiscales, servidores públicos, organizaciones sociales, en un contexto sociocultural, cuyo fin primordial es encontrar con vida a la persona desaparecida” (CBPD, 2012, p. 13).

De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 589 de 2000, la CBPD está integrada por los titulares de las siguientes entidades o sus delegados permanentes: Defensoría del Pueblo (presidencia), Dirección del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (secretaría técnica), Ministerio de Defensa, Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, y las representaciones de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Colombia (ASFADDES) y las ONG de derechos humanos, en cabeza de la Mesa de Trabajo sobre Desaparición Forzada de la Coordinación Colombia- Europa - Estados Unidos (en adelante COEUROPA).

Ahora bien, Linares y Ospina (2017) consideran que “la CBPD tiene grandes y graves dificultades y obstáculos para su adecuado funcionamiento, debido, en particular, a su falta de autonomía e independencia” (p. 48). En ese sentido, los autores advierten tres elementos que resultan atentatorios contra el desempeño efectivo de la CBPD: esta no tiene personería jurídica, por lo que su autonomía administrativa y presupuestaria es limitada; los delegados de las entidades estatales que la conforman no están facultados para tomar las decisiones que se requieren, y no tiene personal suficiente para desarrollar su mandato, dado que los miembros de la CBPD son funcionarios de otras instituciones que deben responder por otras actividades y no alcanzan a ejecutar las tareas correspondientes en materia de prevención y búsqueda (pp. 48-49).

En marzo de 2016, la Mesa de Trabajo de la COEUROPA afirmó que las entidades que conformaban la CBPD no habían demostrado voluntad política para cumplir con el objeto de la Comisión, por lo

cual debía ser reestructurada y reformada legalmente (p. 13). En septiembre de 2016, la COEUROPA mencionó algunas falencias que hacían deficiente la labor de la CBPD (p. 7):

- La inexistencia de indicadores y protocolos para monitorear y evaluar el Mecanismo de Búsqueda Urgente en términos cuantitativos y cualitativos.
- Su calidad de intermediador entre las víctimas y los organismos estatales competentes para la búsqueda y localización de las personas desaparecidas, y la investigación, persecución y juzgamiento de los responsables.
- La inexistencia de canales de comunicación entre la CBPD y las organizaciones sociales que se encargan de documentar casos de desaparición forzada de personas para el intercambio de información y unificación de criterios técnicos en relación con el Registro Nacional de Desaparecidos.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo de Colombia (2016), entidad titular de la presidencia de la CBPD, reconoció la necesidad de revisar los canales de información internos de las acciones desarrolladas por la Comisión, ya que se desconocía cuál había sido su labor para el impulso de investigaciones priorizadas en las mesas de trabajo para casos urgentes. Lo anterior se evidenció cuando se le solicitó informar sobre el estado de cumplimiento de lo resuelto en sentencias de la Corte IDH contra el Estado colombiano y no se obtuvo respuesta de fondo de la CPBD, remitiendo esta la solicitud a la Fiscalía General de la Nación.

En relación con el PNB, la Fundación Nydia Erika Bautista para los Derechos Humanos (2015) había señalado la inexistencia de indicadores e instrumentos de medición y protocolos de seguimiento que permitiesen determinar la eficacia de su aplicación.

Lo anterior coincide con la opinión de Linares y Ospina (2017), quienes sostuvieron que el PNB no se aplicaba en los casos concretos ni se había realizado una evaluación del impacto sobre los 5500 casos a cargo de la Comisión (p. 49). Al respecto, la Defensoría del Pueblo (2016) aseveró que el PNB, concebido como una *estrategia integral, interinstitucional y multidisciplinaria* de acción, “ha[bía] resultado insuficiente ante la falta de rigurosidad con la que algunos despachos fiscales lo aplica[ban]”. Inclusive, la Mesa de Trabajo de la COEUROPA (2016b) llegó a afirmar que “[l]os fiscales desconocen su existencia y en el mejor de los casos, lo ven como una herramienta teórica sin ningún efecto práctico” (p. 17).

Así, la Defensoría del Pueblo (2016) identificó tres pilares fundamentales de la incipiente UBDP, desarrollados en la Mesa de Conversaciones de La Habana y contenidos en el Comunicado Conjunto n°. 62 del 17 de octubre de 2015, que pueden adoptarse en el trabajo de la Comisión. De cada pilar se derivan tres componentes que podrían ser implementados por la CBPD e impulsados desde la Defensoría como titular de la presidencia de la Comisión:

- a. La *articulación interinstitucional* entre organizaciones de la sociedad civil, especialmente las de familiares de víctimas de desaparición forzada con las entidades estatales que hacen parte de la CBPD. De esto se desprende la necesidad de articulación de alto nivel, con la participación activa de funcionarios representantes por institución, facultados para tomar decisiones; la centralización de la información en un único sistema de registro que cuente con las variables de identificación para clasificar y organizar los datos existentes, y la implementación de planes regionales, considerando las características particulares de la victimización en los territorios.
- b. La *participación de los familiares y de las organizaciones de la sociedad civil* en el diseño, implementación de los procesos y procedimientos de trabajo de la Comisión, mediante la implementación de un mecanismo de interlocución con familiares para la entrega de reportes oficiales y acompañamiento permanente en diligencias judiciales relevantes como la prospección o la exhumación; procesos de orientación y atención psicosocial a familiares en un trabajo coordinado entre la UBPD y la CBPD, y la suscripción de convenios con organizaciones de víctimas y de derechos humanos, con el objetivo de resaltar y visibilizar la información valiosa recaudada desde la sociedad civil en la tarea de búsqueda de personas desaparecidas.
- c. El *fortalecimiento de la capacidad institucional instalada*, generando un espacio de retroalimentación entre Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD) y la CBPD, que permita fortalecer las labores de búsqueda de ambos organismos y de la Defensoría misma. Para ello, considérese una política de priorización a efectos de incrementar la eficiencia de la CBPD; el mejoramiento de registros de información y diagnósticos, dada la necesidad de recolectar toda la información posible de personas desaparecidas, y la satisfacción del derecho a la *verdad*.

*Estrategia Interinstitucional para la Intervención de Cementerios:* Los cementerios son lugares de disposición final de los cuerpos no identificados y/o no reclamados, pero la falta de control de las autoridades para su protección y custodia ha dificultado su identificación o recuperación por parte de familiares; razón por la cual la Resolución 5194 de 2010 del Ministerio de la Protección Social de Colombia reguló los servicios de inhumación, exhumación y cremación de cadáveres prestados por los cementerios (CBPD, 2016, p. 23). Para tratar esta problemática, las entidades del Estado han venido diseñando estrategias para intervenir los cementerios.

Según la CBPD (2016), esta estrategia contó con cuatro fases diseñadas en el marco del Plan Nacional de Búsqueda:

- *Documentación y diagnóstico*, etapa de recolección de información (mapeo de cementerios, inventario de bóvedas y censo de cadáveres inhumados) y de planeación de la intervención (logística y recursos).



- *Adecuación logística del cementerio* para la práctica de exámenes médico-legales, de modo que se garantice la protección de la evidencia a través del cumplimiento de la cadena de custodia.
- *Abordaje forense integral*, que comprende la exhumación, estudio *in situ*, el abordaje interdisciplinario forense (estudios médicos, odontológicos, antropológicos, radiográficos, genéticos y de otras disciplinas, según sea el caso) y la entrega del informe a la autoridad judicial que adelanta la investigación.
- *Inhumación, cierre y entrega digna de cadáveres*, comprende la inhumación de cadáveres no identificados e identificados no reclamados e individualizados en bóvedas, y cuando se proceda a realizarse la entrega digna de los cadáveres a sus familiares, se deberá dar aplicación al Protocolo Interinstitucional para la Entrega Digna de Cadáveres de Personas Desaparecidas (Ley 1408 de 2010), el cual constituye el estándar nacional obligatorio para procesos de entrega digna, de conformidad con el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 1408 de 2010 (pp. 23-24).

En el mismo sentido, la Fiscalía General de la Nación (FGN) y Medicina Legal desarrollaron procesos de intervención en cementerios municipales de los Llanos Orientales entre 2010 y 2015. Según Uribe et al. (2018), a partir de esta experiencia se evidenció “la urgente necesidad de acelerar este proceso dotándolo de recursos humanos, técnicos, financieros y, ante todo, de voluntad política por parte del gobierno a través [sic] las entidades competentes, no sólo para los Llanos Orientales, sino involucrando el resto del país” (pp. 1-2).

Lo anterior y la lucha incesante de los familiares de las personas desaparecidas conllevaron al establecimiento de medidas inmediatas de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna de restos en el Comunicado Conjunto n.º. 62 entre las FARC-EP y el Gobierno nacional, en el que este se comprometió a acelerar “la identificación y entrega digna de restos de víctimas y de quienes hayan muerto en desarrollo de operaciones de la Fuerza Pública inhumados como N.N. en cementerios ubicados en las zonas más afectadas por el conflicto [...]; y [...] la entrega digna de los restos identificados que no h[ubiesen] sido aún entregados a sus familiares”.

Por otra parte, el Estado de Colombia (2018) informó al Comité contra las Desapariciones Forzadas que Medicina Legal adelantaba el “Plan Nacional de Búsqueda, Identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado – Intervención de Cementerios”, el mismo Protocolo Interinstitucional que elaboró la CBPD. Según Uribe et al. (2018, p. 9), desde la aprobación de las medidas contenidas en el Comunicado n.º. 62, Medicina Legal implementó el Plan, cuya gestión ha permitido la intervención de siete cementerios, exhumando 461 cuerpos, de los cuales 29 fueron identificados y 7 entregados.

*Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas:* En el Comunicado Conjunto n°. 62 del 17 de octubre de 2015, el Gobierno nacional y las FARC-EP, en el marco de los diálogos de paz, sentaron las directrices para la creación de la UBPD que posteriormente se tradujeron en el compromiso contenido en el punto 5.1.1.2 del Acuerdo Final y en la institucionalización de la Unidad, reglamentada por el Decreto Ley 589 de 2017. A diferencia de la CBPD, la UBPD cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y un régimen especial en materia de administración de personal, y tendrá una duración de 20 años, susceptible de prórroga.

La UBPD tiene por objeto “dirigir, coordinar, y contribuir a la implementación de las acciones humanitarias de búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado que se encuentren con vida, y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la recuperación, identificación y entrega digna de cuerpos esqueletizados, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Constitución Política y en el presente Decreto Ley, garantizando un enfoque territorial, diferencial y de género” (artículo 2).

En el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN), la Unidad se crea con el propósito de contribuir a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación. Linares y Ospina (2017) señalan que la labor de la UBPD se centra en satisfacer las tres necesidades, de carácter extrajudicial, de los familiares de las personas desaparecidas: alivio de la incertidumbre del paradero de su pariente desaparecido; atención psicosocial durante la búsqueda y con posterioridad a la entrega digna, y la reparación integral. La JEP se encargará de satisfacer el derecho a la justicia, contenida en la necesidad de perseguir, juzgar y sancionar a los responsables del delito (p. 46).

El Decreto Ley 589 de 2017 establece que esta Unidad tendrá el carácter humanitario y extrajudicial, y sus actividades no podrán sustituir ni impedir las investigaciones de carácter judicial a las que haya lugar (artículo 3). Asimismo, aplicará un enfoque territorial, diferencial y de género, que se implementará en cada una de las fases y procedimientos de la UBPD, para que responda “a las características particulares de la victimización en cada territorio y cada población y en especial a la protección y atención prioritaria de las mujeres y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado” (artículo 4). El artículo 5 del Decreto Ley 589 de 2017 estipula las funciones y atribuciones de la UBPD.

## **Plan nacional de búsqueda de Colombia**

**Modelo de Plan de Búsqueda.** No existe un modelo de referencia a partir del cual se diseñen los planes de búsqueda de personas desaparecidas; sin embargo, se da por entendido que estos son concebidos en el seno de la planificación del organismo de búsqueda, donde se formulan objetivos de carácter prioritario para la definición de los cursos de acción (o estrategias) para alcanzar dichos objetivos (Armijo, 2011, p. 15). De ese modo, los planes se convierten en instrumentos que

permiten traducir los mandatos, en este caso, la búsqueda de personas desaparecidas, en estrategias y actividades que conlleven al hallazgo de la persona (Inomata, 2012, p. 30).

Una recomendación de buena práctica contenida en la Norma 1 de Búsqueda de personas víctimas de desaparición forzada, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales, del “Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales” (Navarro, Pérez y Kernjak, 2010), establece que

Los Estados deben elaborar o incorporar, en las normas y políticas públicas, mecanismos expeditos y planes de búsqueda de personas desaparecidas que contemplen las fases de recolección de información, ubicación y delimitación de los lugares de búsqueda, recuperación, investigación científica, identificación y entrega de los restos de las personas, cuando a estas no se les encuentre vivas y que aseguren a los familiares la posibilidad de efectuar las ceremonias privadas o públicas que correspondan en condiciones de dignidad según su cultura y creencias. (p. 37)

De lo anterior se puede inferir que los planes de búsqueda de personas desaparecidas deberían comprender, por lo menos, las seis fases mencionadas en líneas arriba para su desarrollo. Dicho plan y los programas que se deriven de él deben contemplar, en su diseño e implementación, la participación activa e informada de los familiares de las personas desaparecidas, con el acompañamiento psicosocial y en condiciones de seguridad (Arango, Camacho Romero, Salazar y Buitrago, 2018, p. 78). En general, en todo el proceso de búsqueda, “se deben considerar las preocupaciones, vivencias, impactos, incluidos los diferenciados, y expectativas de verdad, justicia y reparación de las personas, la familia, la comunidad y la sociedad” (Navarro et al., 2010, p. 38).

Por su parte, la Delegación para México y América Central del Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (2015) considera que existen cinco aspectos que la regulación del proceso de búsqueda debería indicar y de los cuales se pueden extraer elementos para considerar en la planificación de la búsqueda: el plazo para iniciar la búsqueda; la actuación de oficio; las acciones en la búsqueda efectiva; el tipo de búsqueda, teniendo en cuenta el momento y las circunstancias de la desaparición, y las pautas para la cremación de restos humanos no identificados y el proceso de inhumación, ya que la Delegación para México y América Central del CICR advierte que la cremación de restos impide su identificación.

**Plan Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas.** Está estructurado en cuatro partes. En la primera se mencionan los insumos con los que contó la CBPD (2012) para la elaboración del PNB; se precisa los principios orientadores del proceso de búsqueda (rigurosidad, competencia, exhaustividad, oportunidad e imparcialidad), y se desarrolla, brevemente, la noción de “víctima” y sus derechos con base en la legislación nacional. Advierte, además, la obligación de garantía del Estado de ejecutar un plan nacional de búsqueda con el objetivo principal de “encontrar con vida

a la persona desaparecida o entregar los cadáveres a sus familiares para que puedan desarrollar su proceso de duelo según sus costumbres y creencias” (p. 13).

La segunda parte del PNB describe la estrategia de búsqueda. Dada la complejidad de los procesos de búsqueda, se requiere una estrategia integral a corto, mediano y largo plazo, que responda a las siguientes tres preguntas fundamentales, interrelacionadas entre sí: ¿Quiénes son las personas desaparecidas? ¿Dónde pueden estar? ¿Qué les ha sucedido? Las respuestas que se logren obtener “permitirán ahondar en la idea de la desaparición forzada como un fenómeno sistemático y generalizado, ubicar el paradero de los desaparecidos e identificarlos, conocer las circunstancias que rodearon su desaparición y el contexto” (p. 13).

Aunque la CBPD señala la necesidad de una estrategia integral a corto, mediano y largo plazo, el PNB no establece plazos para la ejecución de las actividades propuestas, lo que dificulta evaluar su eficacia. De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2013) afirmó que quedaba pendiente la implementación de planes o políticas eficaces, pues la sociedad civil había indicado que los resultados precarios del PNB se debían a problemas estructurales “como la pérdida o destrucción de información necesaria para el hallazgo de las personas desaparecidas y un bajo número de personas identificadas en relación con la cantidad de restos exhumados” (párr. 116).

La tercera parte corresponde al desarrollo del PNB en cuatro fases, con actividades y responsables, indicadores y resultados: i) recolección de información, ii) análisis y verificación de la información, iii) recuperación, estudio técnico científico de identificación, y iv) destino final de cadáveres.

Finalmente, la cuarta parte obedece al marco jurídico nacional e internacional, manuales operativos y otras referencias en las que se fundamentó el PNB. Como puede observarse, el PNB recoge las denominaciones de las fases recomendadas en la Norma 1 de Búsqueda de personas víctimas de desaparición forzada, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales del “Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales”.

**La recolección de información.** El PNB inicia con la fase de recolección de información que se surte con la ejecución de las actividades propuestas. Sin embargo, a excepción de la primera, que consiste en el uso del Registro Nacional de Desaparecidos (en adelante RND) para procesar información sobre personas desaparecidas o, en su defecto, el diligenciamiento del Formato Nacional para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y su envío a las autoridades competentes, las subsiguientes actividades se reducen a un listado de las posibles fuentes de información (CBPD, 2012, p. 14).

¿Qué datos se obtienen a partir del RND? En el artículo 5 del Decreto 4218 de 2005 se establece que además de los datos mínimos de personas desaparecidas y cadáveres enunciados en el artículo 9 de la Ley 589 de 2000, el RND deberá consolidar y unificar la siguiente información: a) los datos

básicos para cruce referencial de las personas desaparecidas: apellidos, nombres, documento de identidad, sexo, edad, talla, señales particulares y demás datos que conduzcan a su individualización; b) los datos básicos para cruce referencial derivados de la práctica de autopsias médico legales sobre cadáveres y restos óseos; c) los datos básicos para cruce referencial que resulten de las actividades de cada entidad en el ejercicio de sus funciones, respecto de la desaparición forzada; d) los demás que resulten necesarios para el correcto funcionamiento del Registro.

Sin embargo, es preocupante que no se cuente con una metodología ni se prevea su diseño para la definición de estrategias que permitan recoger mayor información a la existente; tampoco se determinan las técnicas de recolección de información, limitándose a mencionar los instrumentos (RND y Formato Nacional) y las fuentes de información disponibles. Este es un aspecto para considerar por parte de la CBPD en una reformulación del PNB.

Por su parte, la UBPD ha sido facultada por el artículo 5.1 (a) del Decreto 589 de 2017 para “[c] onvocar y entrevistar de manera confidencial a personas que voluntariamente suministren información que contribuya a la búsqueda [...], incluyendo quienes hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades”, con el objeto de recolectar toda la información necesaria en los procesos de búsqueda, localización, recuperación e identificación de los(as) desaparecidos(as).

Como advirtió la Delegación para México y América Central del CICR (2015), una búsqueda efectiva debe comprender acciones de campo y búsqueda física, y esta fase del PNB de Colombia no contempla una ruta de trabajo de campo; no se definen pautas para entrevistar familiares y personas allegadas de los(as) desaparecidos(as) ni pautas para la investigación de información que surge de las redes sociales o de otros elementos informáticos, ni para la investigación telefónica y de transacciones económicas, ni de posibles traslados o movimientos migratorios (Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, 2016).

Navarro et al. (2010) sugieren que los familiares de las personas desaparecidas puedan ser localizados (para su participación activa en el proceso y a efectos de ser entrevistados para la documentación de los casos)

a través de procesos locales (estudios de reconstrucción de memoria histórica, recolección de testimonios, diagnósticos participativos con víctimas de violaciones graves de derechos humanos, entre otros), de la difusión del proceso de búsqueda (anuncios en prensa o radio u otros sistemas de avisos adecuados al contexto social y cultural) o apoyados en redes locales e interlocutores de confianza. (p. 39)

Arango et al. (2018) consideran importante que los planes regionales en función de la UBPD “busquen reconstruir las rutas de desaparición de las víctimas, en las que se determine sitio de procedencia, lugares donde fueron vistas por última vez y presuntos lugares de disposición”, lo que se traduce en una acción de campo y para la cual se debe mejorar el proceso de recolección de información, “con el

fin de que la documentación sobre las características de las víctimas, circunstancias que rodearon la desaparición y lugares de desaparición y disposición sea lo más completa posible” (p. 79).

El PNB establece que los responsables de emplear el RND o de diligenciar el Formato Nacional son las entidades que se determinan en el artículo 8 del Decreto 4218 de 2005, es decir, todas las entidades y organizaciones miembros de la CBPD y las entidades con funciones de policía judicial, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC), el DANE y el Ministerio de Salud y Protección Social, las cuales registrarán las personas reportadas como desaparecidas o aportarán la información relativa a la identificación de estas y a la investigación del delito de desaparición forzada, según corresponda.

En relación con las otras actividades de consulta, se mencionan entre los responsables jueces, siempre que se encuentren activando el Mecanismo de Búsqueda Urgente (MBU), fiscales y sus organismos de apoyo judicial, criminalístico y forense (Medicina Legal, CTI, DIJIN o SIJIN), los miembros de la CBPD, el INPEC y la Fuerza Pública para remitir la información a Medicina Legal.

No obstante, ¿quién(es) se encargará de procesar y sistematizar la información recolectada o consultada en las fuentes previstas? Según el artículo 4 del Decreto 4218 de 2005, Medicina Legal está a cargo de la coordinación, consolidación y operación del RND. Aun así, falta claridad en la articulación de responsabilidades para abordar las diferentes actividades definidas en la fase de recolección de información.

Ahora, ¿qué se hace con esa información obtenida? La fase dos del PNB corresponde al análisis y verificación de la información. La CBPD (2012, p. 16) sostiene que esta etapa “[c]onsiste en la implementación de acciones para el impulso y avance de las investigaciones y el Mecanismo de Búsqueda Urgente”. A esta descripción podría agregársele que se trata del cruce de información obtenida en la primera fase y los avances de las investigaciones adelantadas, pues, entre otras cosas, se cruzan los datos de los sistemas de información existentes para estimar el universo de personas desaparecidas y realizar análisis de tendencias; asimismo, se analiza y coteja de manera continua la información disponible.

Es importante “articular los registros nuevos con otros ya existentes para poder contar con información completa, relevante y homologada que contribuya a las búsquedas a nivel nacional, debiendo ser confiables, actualizados y fácilmente consultables” (CICR, 2015, p. 15). Asimismo, se reitera en la necesidad acuciante de depurar y actualizar el RND, de modo que se superen la duplicidad, las imprecisiones y vacíos en los sistemas de información existentes (FGN, Medicina Legal, UARIV, Policía Nacional, entre otras) (Arango et al., 2018, p. 79) y se generen “estructuras coordinadas que eviten la duplicación en procesos de documentación y análisis con familiares, como por ejemplo en la toma de testimonios, de muestras biológicas y entrevistas ante mortem” (Navarro et al., 2010, p. 54).



De la misma manera, se mencionan varias entidades como responsables, pero sigue faltando claridad en la coordinación de responsabilidades de las autoridades para asumir la tarea de realizar los cruces de información y el análisis pertinente para su explotación en el proceso de búsqueda. Aunque los registros son instrumentos de recolección de datos, la fase no puede reducirse al almacenamiento de información. Se trata de una etapa que nutre el derecho que tienen los familiares de las personas desaparecidas a la información y, especialmente, a conocer la verdad.

En relación con las actividades de consulta de otras fuentes disponibles, se establece como indicador “Sistemas de información consultados / sistemas de información disponibles”. Si el PNB reduce la fase de recolección de datos a consultar las fuentes disponibles, evidentemente se estará frente a una actividad que no arroje mayores resultados y un indicador poco claro que no los podrá evaluar. En este caso, es tan deficiente el diseño de las actividades, dado el sentido reduccionista de la etapa por las razones anteriormente expuestas, como la elaboración de sus indicadores.

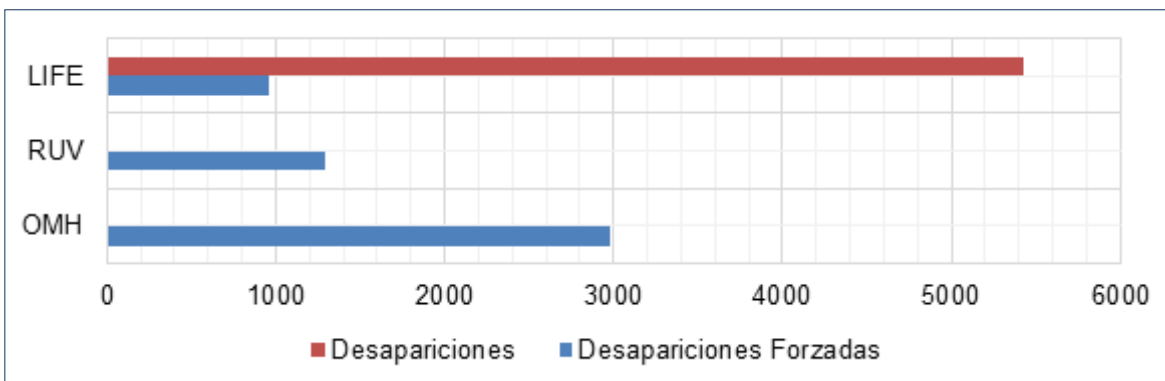
## **Aportes para un Plan Territorial de Búsqueda en Norte de Santander**

**La Unicidad del Territorio.** La desaparición forzada había sido practicada de manera universal en países latinoamericanos y en otras regiones de Colombia, pero en Norte de Santander constituyó un crimen característico acreedor de atención especial y la aplicación efectiva del *enfoque territorial, diferencial y de género*, referido en el artículo 4 del Decreto 589 de 2017, pues en el departamento del nororiente colombiano se adoptaron métodos particulares como fosas comunes, cementerios legales e ilegales o el arrojamiento de cuerpos a ríos (1999-2001), los hornos de incineración (2001-2003) o el traspaso de cuerpos al lado venezolano de la frontera (2003-2005) (Fundación Progresar, 2010, p. 51), favorecidos por la condición fronteriza del departamento y su ubicación geoestratégica, la cual ha permitido la convergencia de conductas punibles por parte de agentes del Estado, integrantes de las FARC-EP, miembros del Bloque Catatumbo de las AUC y otras organizaciones que fueron y han sido partícipes del conflicto.

**La Unicidad de la Búsqueda.** Tras la breve lectura del territorio y teniendo una noción del contenido de un plan de búsqueda, se procede a conocer la situación de Norte de Santander en materia de desaparición forzada, a partir de un análisis estadístico y descriptivo. Como se señaló en la metodología el análisis, se realizará a partir de los datos contenidos en el aplicativo LIFE de Medicina Legal, el Registro Único de Víctimas de la UARIV y los datos reportados por el Observatorio de Memoria y Conflicto (en adelante OMC), centrándose en el universo de las personas desaparecidas, la temporalidad y las categorías diferenciales.

*Universo de Personas Desaparecidas.* Según LIFE existen 5427 desaparecidos(as), de los(as) cuales 960 corresponden a desapariciones presuntamente forzadas; el RUV registra un total de 1288 víctimas directas, es decir, personas que sufrieron el hecho de la desaparición forzada, y el OMC reporta un total de 2980 casos (*vid.* gráfica 1).





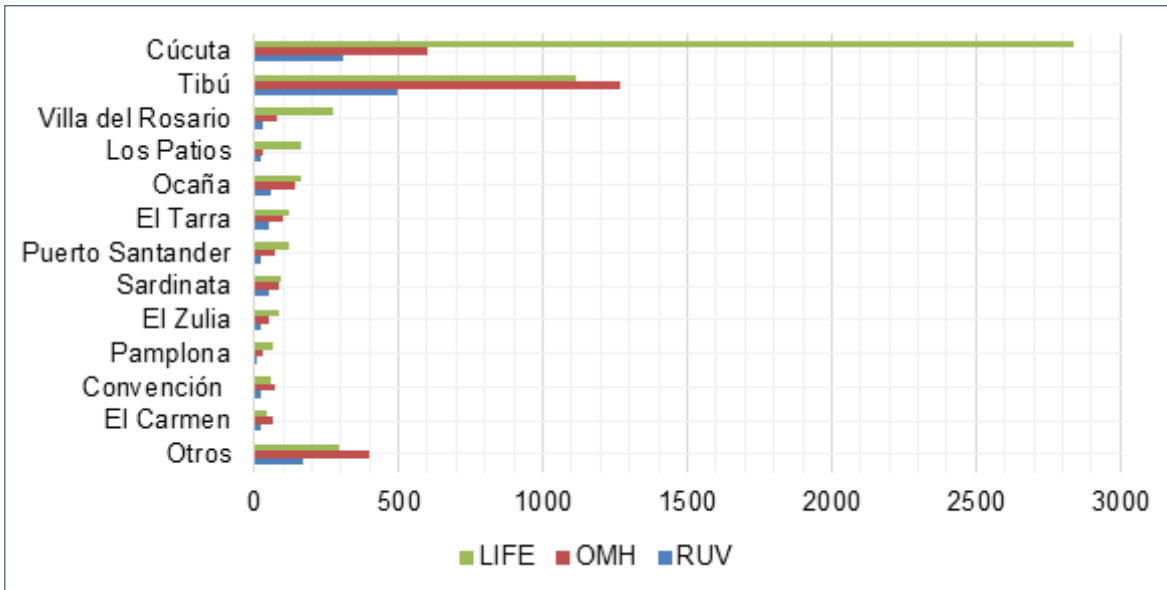
**Fuente:** elaboración propia (INMLCF, 2020; UARIV, 2020; CNMH, 2018).

### GRÁFICA 1.

Esta diferencia (significativa) es lo que se ha denominado el *subregistro de casos*. Dicho de otro modo, el Registro Nacional de Desaparecidos, como instrumento de procesamiento de la información de las personas desaparecidas, a través de su aplicativo LIFE, registra un menor número de casos que otras fuentes, en este caso, que la UARIV y el OMC.

El CNMH (2018) detectó que el “inadecuado manejo de información institucional [...] dificulta[ba] encontrar a los desaparecidos” (p.86) y que esto se debía a registros e investigaciones dispersas en la estructura institucional (p. 87), y a la comunicación institucional y acceso a la información, cuyos “problemas comienzan con la recolección de la información base para la búsqueda, identificación y entrega de las personas desaparecidas: la información del reporte de desaparición de la persona” (p. 111).

Ahora bien, ¿cuál ha sido el universo de personas desaparecidas forzosamente por cada uno de los municipios de Norte de Santander? En la gráfica 2 se muestran los municipios que tienen mayor número de desapariciones según las fuentes de Medicina Legal, la UARIV y el OMC. Lamentablemente, ningún municipio del departamento ha estado exento de sufrir este flagelo.

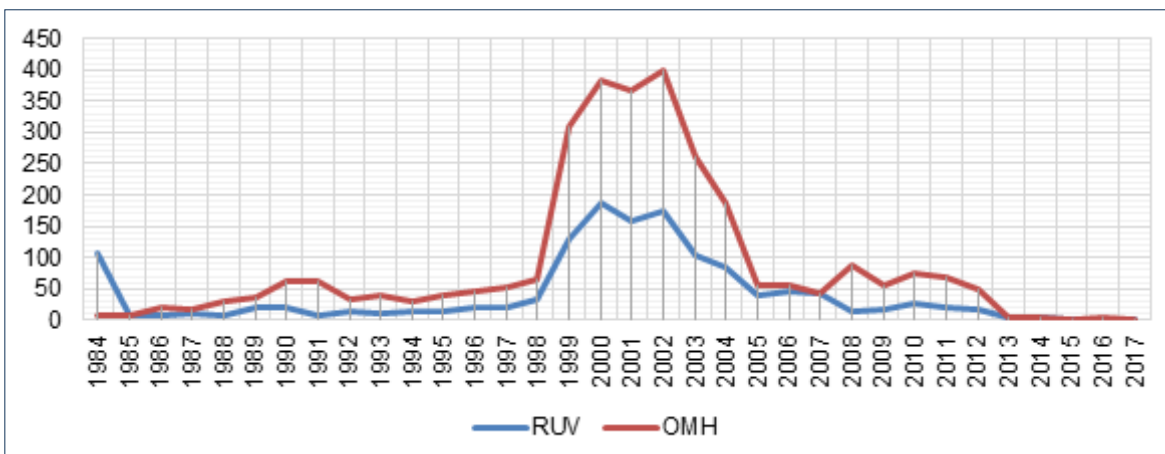


Fuente: elaboración propia (INMLCF, 2020; UARIV, 2020; CNMH, 2018).

## GRÁFICA 2.

*La Temporalidad.* LIFE no informa a qué periodo corresponden las desapariciones reportadas; es decir, no desagrega los datos por años, por lo que no permite identificar períodos críticos del delito; el RUV informa sobre desapariciones ocurridas desde 1984 hasta el 1 de enero de 2020 y el OMC ha recibido reportes desde 1978 hasta 2018, siendo la primera desaparición perpetrada en 1978 en el municipio de Ábrego.

La dinámica de la desaparición forzada de personas casi que se cuadruplica entre 1998 y 1999, coincidiendo este aumento repentino con la incursión del Bloque Catatumbo de las AUC en 1999. Inclusive, llega a su punto más álgido en 2002, año en el que el OMC reporta la ocurrencia de 400 desapariciones. La ejecución de la práctica tiende a disminuir, de manera paulatina, hasta 2005, con la desmovilización del grupo paramilitar. Aunque no es si no hasta 2013 que se aprecia un descenso significativo del fenómeno en el departamento.



Fuente: elaboración propia (UARIV, 2020; CNMH, 2018).

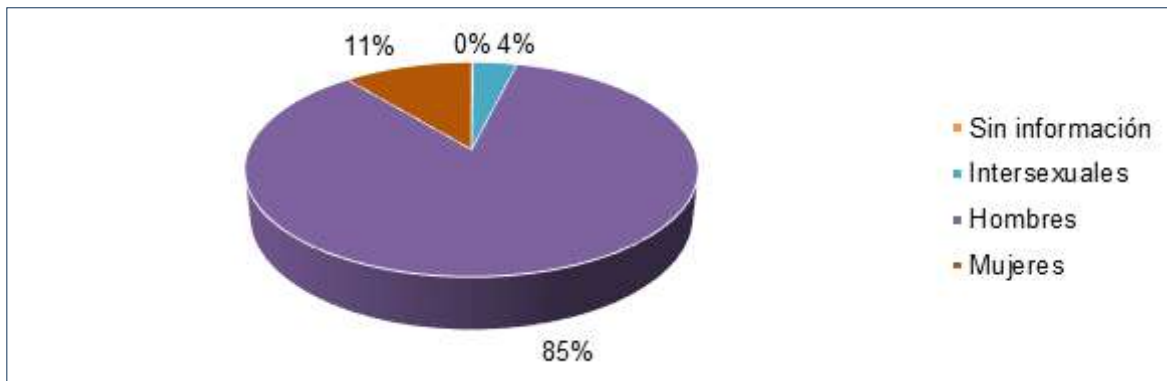
### GRÁFICA 3.

*Categorías diferenciales.* LIFE tampoco suministra información detallada sobre las características particulares de las personas desaparecidas, desconociendo el uso de categorías diferenciales, de manera que se pudiese dar respuesta a las preguntas: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Qué población es la que se encuentra en mayor riesgo? ¿Qué datos se tienen sobre la desaparición de las diferentes poblaciones? ¿Se identifican patrones según el sexo, la edad u otras categorías de identificación de las víctimas? (Comisión Nacional de Búsqueda de Personas de México, 2018).

Vale decir que la suficiencia de la desagregación de la información (enfoque diferencial y de género) y su permanente actualización “es de capital importancia para promover la transparencia, la exactitud y la seguridad acerca de las desapariciones forzadas así como para comprender y monitorear los esfuerzos realizados por el Estado” (Grupo de TDFI, 2013, párr. 23).

En vista de que el Registro Nacional de Desaparecidos no precisa estas necesidades de información diferenciada, se recurre a los datos del OMC y se presenta la siguiente información, con el objeto de conocer las características de la población desaparecida en el departamento. En relación con la calidad de la víctima, se tiene que en Norte de Santander, el 98,22 % de los casos de desaparición forzada fue sufrido por la población civil y el 1,78 % restante por combatientes.

Se categoriza por género, como se muestra en la gráfica 4, recordándose que la adopción de un enfoque de género, en los procesos de búsqueda de mujeres desaparecidas tiene el objeto de encontrar indicios de violencia de género, en particular de violencia sexual, cuando se practica el análisis forense de los restos (Dewhirst & Kapur, 2015, p. VIII), y que el artículo 4 del Decreto Ley 589 de 2017 obliga a la UBPD a aplicar el enfoque de género y el enfoque diferencial, como se verá enseguida, en todas las fases y procedimientos que lleve a cabo.



Fuente: elaboración propia (CNMH, 2018).

#### GRÁFICA 4.

Asimismo, el OMC clasifica la información de los casos de desaparición forzada por el tipo de población vulnerable, obteniéndose que el 4,73 % de las personas desaparecidas en el departamento ostentan condiciones específicas de vulnerabilidad. Según la UARIV (s.f.), los enfoques diferenciales comprenden niños, niñas y adolescentes, y personas de la tercera edad; orientaciones sexuales e identidad de género no hegemónicas; personas con diversidad funcional; comunidades rom o gitano; comunidades indígenas (pueblos Barí y U'wa en Norte de Santander), y comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

El registro adecuado de estas características facilitaría la identificación de patrones de victimización, que estén asociados a crímenes de odio. Debería considerarse, además, una categoría para la población *migrante*, teniendo en cuenta el flujo de migrantes que discurren en la frontera binacional por los pasos fronterizos autorizados e ilegales.

Asimismo, el OMC categoriza la información según la ocupación de la víctima. Todos estos filtros diferenciales contribuyen a la determinación de las circunstancias de agravación del delito, de conformidad con el artículo 166 del Código Penal, cuando la conducta es ejecutada en persona con discapacidad, impedida para valerse por sí misma; en menor de 18 años, mayor de 60 o mujer embarazada, o cuando la persona tiene alguna(s) de las siguientes calidades: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.

## V. CONCLUSIONES

Tanto las personas desaparecidas como sus familiares son víctimas del delito de Desaparición Forzada. Las primeras, por ser las sujetas pasivas de la privación de la libertad, la cual es sucedida por la ocurrencia de por lo menos una de las circunstancias descritas: falta de información, negativa a reconocer el hecho, o de informar acerca del paradero de la persona, y los(as) familiares porque son víctimas de la tortura psicológica a causa de desconocer el paradero de su pariente; además, pueden resultar afectados sus derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales.

Así, los instrumentos de protección legal contra las desapariciones forzadas buscan proteger los derechos de las personas, que surgen con anterioridad y posterioridad a la comisión de una desaparición, los cuales se garantizarían con el cumplimiento cabal de las obligaciones del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos. Uno de estos deberes es la de buscar a la persona desaparecida, inmediatamente, como garantía del derecho a la verdad y la justicia de las víctimas de este delito.

Para tal propósito, el Estado debe diseñar y poner en marcha un plan nacional que trace las estrategias para la búsqueda. No obstante, dichas estrategias y actividades no pueden reducirse, única y exclusivamente, a la exhumación de las fosas denunciadas o la identificación de los cadáveres encontrados. La investigación tampoco puede supeditarse a las investigaciones adelantadas por los(as) propios(as) familiares quienes, en su desesperación por hallar a su pariente desaparecido, terminan exponiéndose a la represión del Estado o a las represalias de los victimarios debido a la labor incesante y la necesidad acuciante de verdad y justicia de las víctimas.

Bajo esta perspectiva, para la fase de recolección de información, dentro de un plan regional de búsqueda para Norte de Santander, se deberá tener en cuenta:

- Una metodología que parta de la definición de estrategias y técnicas dirigidas al acopio de mayor información individualizante y de contexto, a partir de una revisión sistemática y exhaustiva de las fuentes identificadas y la unificación de criterios que permitan la estructuración y estandarización de los registros.
- Una búsqueda efectiva que comprenda acciones de campo y búsqueda física, en donde se establezcan pautas para entrevistar familiares y personas allegadas de los(as) desaparecidos(as), pautas para la investigación de información que surge de las redes sociales o de otros elementos informáticos, para la investigación telefónica y de transacciones económicas, así como de posibles traslados o movimientos migratorios (Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, 2016).

- En esta búsqueda de información será importante llegar a rincones del departamento donde las personas aún no han podido denunciar la desaparición de su pariente, sea por las limitaciones del contexto o desconocimiento de sus derechos. Esto con los objetivos de establecer el universo de personas desaparecidas, conocer a quiénes se está buscando y hallarlos, y adoptar políticas de prevención efectivas contra este delito.
- Es importante la depuración y actualización del Registro Nacional de Desaparecidos, a fin de evitar la duplicidad, las imprecisiones y vacíos en los sistemas de información existentes (FGN, INMLCF, UARIV, Policía Nacional, entre otras) (Arango et al., 2018, p. 79).
- El diseño de estrategias interinstitucionales de intercambio de información con instituciones prestadoras de servicios de salud, empresas de servicio de transporte público (terrestre, aéreo o fluvial), iglesias, entidades financieras y de telecomunicaciones, Ministerio Público, Ministerio de Salud, la UARIV, el INPEC, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el DANE, Migración Colombia e, inclusive, con las embajadas de los países con los cuales Colombia limita, entre otros, de manera que favorezca el flujo de información y, por ende, la búsqueda.
- Se deben aplicar criterios diferenciales, atendiendo a que, si bien la desaparición forzada de personas es de carácter universal, configurada por elementos definitorios (privación de la libertad de la víctima, un sujeto activo –calificado o no– y la denegación de la información), su impacto es diferenciado. Los individuos y las comunidades la padecen desde aristas distintas y diferentes sentires, ya que la perpetración de una desaparición rompe los tejidos de la sociedad y la desestructura en lo económico, lo político y lo social, afectando familias, relaciones interpersonales con personas allegadas, procesos organizativos sociales, comunitarios o políticos, entre otros.
- Un marco metodológico para el análisis de contexto, a partir de referencias académicas, experiencias comparadas y otras fuentes de información para identificar posibles rutas de análisis y metodologías para la caracterización de las desapariciones en el territorio. Esta herramienta sería de gran utilidad en el plan nacional de búsqueda de la UBPD y los planes regionales.
- Un Plan de Búsqueda territorial para Norte de Santander debe abordar la búsqueda como un proceso que se sale de las fronteras administrativas y que obliga a analizar las características de la población flotante y las dinámicas de movilidad entre regiones y países.

Finalmente, de la lectura integral del contexto histórico, el marco jurídico de la desaparición forzada, las recomendaciones de los diferentes organismos internacionales de protección de derechos humanos y la experiencia desarrollada por las diversas organizaciones de la sociedad civil, se pueden extraer recursos útiles y buenas prácticas que pueden ser incorporadas en el diseño y

ejecución de la fase de recolección de información del plan de búsqueda en Norte de Santander, teniendo en cuenta que éste debe ser construido con la participación de las víctimas y las ONG de víctimas y de derechos humanos.

## REFERENCIAS

- Arango Gómez, D., Camacho Cortés, G. P., Romero Sánchez, G., Salazar Montes, A. y Buitrago Pérez, E. (2018). *Plan Regional Integral de Búsqueda en Norte de Santander: Bajo y Medio Catatumbo y Zona Metropolitana*. Bogotá, Colombia: Equipo Colombiano Interdisciplinario de Trabajo Forense y Asistencia Psicosocial.
- Armijo, M. (junio de 2011). Planificación estratégica e indicadores de desempeño en el sector público. CEPAL - *Serie Manuales* (69).
- Centro Diocesano para los Derechos Humanos Fray Juan de Larios (2017). *Diagnóstico del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas (RNPED)*. Recuperado de: [https://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PA00MVR9.pdf](https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PA00MVR9.pdf)
- Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH] (2018). *Observatorio de Memoria y Conflicto*. Recuperado de: <http://centrodehistoriahistorica.gov.co/observatorio/bases-de-datos/geograficas>
- Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas. (2012). *B Plan Nacional de Búsqueda* (5ª ed.). Bogotá, Colombia.
- Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas [CBPD] (marzo de 2016). *Recomendaciones para el fortalecimiento de la búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de personas dadas por desaparecidas. Acuerdo 062 de 2015 (La Habana, Cuba)*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (31 de diciembre de 2013). *Informe de país Colombia: Verdad, justicia y reparación*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 49/13.
- Comisión Nacional de Búsqueda de Personas de México. (2018). Programa Nacional de Búsqueda y Localización de Personas. México. Recuperado el 7 de noviembre de 2019, de <http://aga.funcionpublica.gob.mx/aga/Home/Documento?doc=Programa%20Nacional%20de%20Búsqueda.pdf>
- Congreso de Colombia (6 de julio de 2000). Ley 589 de 2000. *Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones*. DO: 44.073.
- Congreso de Colombia (20 de agosto de 2010). Ley 1408 de 2010. *Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación*. DO: 47.807.
- Defensoría del Pueblo de Colombia (octubre de 2016). *Aportes de la Defensoría del Pueblo de Colombia dirigidos al Comité de Desapariciones Forzadas en su sesión 11*. Ginebra.
- Delegación para México y América Central del Comité Internacional de la Cruz Roja (2015). *Elementos esenciales para regular la desaparición de personas*.



- Dewhirst, P., & Kapur, A. (2015). *Las desaparecidas y las invisibles. Repercusiones de la desaparición forzada en las mujeres*. Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Estado de Colombia (6 de febrero de 2018). *Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*. UN Doc. CED/C/COL/CO/1/Add.1, ONU. Comité contra la Desaparición Forzada.
- Fundación Nydia Erika Bautista para los Derechos Humanos (febrero de 2015). Informe Alterno al Comité sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas.
- Fundación Progresar Capítulo Norte de Santander (2010). *Tantas vidas arrebatadas. La desaparición forzada de personas: una estrategia sistemática de guerra sucia en Norte de Santander*. Cúcuta, Colombia: Arte Impreso.
- Gobierno de la República de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá, D.C.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, M. P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª ed.). México D.F.: McGraw-Hill.
- Inomata, T. (2012). *Planificación estratégica en el sistema de las Naciones Unidas*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses [INMLCF] (27 de abril de 2020). *Localización de Información Forense Estadística*. Recuperado de: <http://sirdec.medicinalegal.gov.co:58080/mapa-Desaparecidos/>
- Linares, C. y Ospina, J. C. (2017). *La participación de las víctimas en el Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición*. Bogotá, Colombia: Comisión Colombiana de Juristas.
- López Noguero, F. (2002). El análisis de contenido como método de investigación” en XXI, *Revista de Educación*, XXI (4), 177-179. Mesa de Trabajo sobre Desaparición Forzada de la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (marzo de 2016a). *Recomendaciones y propuestas de las víctimas, organizaciones de derechos humanos y especializadas para la puesta en marcha de medidas urgentes humanitarias, el fortalecimiento institucional y la nueva Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas*. Recuperado de: [http://coeuropa.org.co/wp-content/uploads/2016/03/RecomVictimas\\_Com62\\_FINAL\\_15\\_03\\_2016.pdf](http://coeuropa.org.co/wp-content/uploads/2016/03/RecomVictimas_Com62_FINAL_15_03_2016.pdf)
- Mesa de Trabajo sobre Desaparición Forzada de la Coordinación Colombia-Europa - Estados Unidos (septiembre de 2016b). *Informe Alterno sobre la Situación de las Desapariciones Forzadas en Colombia presentado ante el Comité contra la Desaparición Forzada de Naciones Unidas*.
- Navarro, S., Pérez Sales, P. y Kernjak, F. (2010). *Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales*.

- Presidencia de la República de Colombia (21 de noviembre de 2005). Decreto Reglamentario 4218 de 2005. *Por el cual se reglamenta el artículo 9° de la Ley 589 de 2000*. DO: 46.101.
- Presidencia de la República de Colombia (26 de septiembre de 2014). Decreto Reglamentario 1862 de 2014. *Por el cual se establece el reglamento de la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas creada por la Ley 589 de 2000*". DO: 49.286.
- Presidencia de la República de Colombia (5 de abril de 2017). Decreto Ley 589 de 2017. *Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado*. DO: 50.197.
- Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (2016). *Guía práctica para la búsqueda de personas* (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/Protex-Buesqueda-de-personas-2016.pdf>
- Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas [UBPD] (2019). *Sobre la Búsqueda*. Recuperado de: <https://www.ubpdbusquedadesaparecidos.co/sobre-la-busqueda/>
- Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas [UARIV] (1 de enero de 2020). *Número de Personas por Municipio de Ocurrencia, Hechos (Desaparición Forzada, Homicidio y Secuestro), Año, Víctimas Directas e Indirectas*. Recuperado de: Red Nacional de Información: <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/Reporteador?pag=3&parametros>
- Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (s.f.). Enfoques Diferenciales. Recuperado el 8 de noviembre de 2017, de <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/enfoquediferencial-de-género-y-derechos-humanos-de-las-mujeres/359>
- Uribe Muñoz, A., Cepeda Castro, I., Hoyos Villamil, C., Jiménez, A., García, D., Rozo, W., . . . Yepes, A. (2018). *Informe de resultados de la implementación de las medidas inmediatas humanitarias y la situación actual de los cementerios municipales*. Bogotá. Recuperado de: <https://www.movimientodevictimas.org/sites/default/files/informe%20UBPD%20-%20Cementerios%20municipales.pdf>



**Revista de  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN  
RESEARCH ARTICLE**


<https://dx.doi.org/10.14482/dere.55.340.1>

# **El prejuicio en la mentira política. Una mirada desde la injusticia epistémica\***

*Prejudice in Political Lies. An Epistemic Injustice Approach*

**A L I C I A N A T A L I C H A M O R R O M U Ñ O Z**

Doctora en filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana.  
Profesora asistente de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (UIS).  
Parte del grupo de investigación Tiempo Cero de la UIS.  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7189-5943>. [anchamom@uis.edu.co](mailto:anchamom@uis.edu.co)



\* Resultado de investigación financiado con recursos del proyecto interno 2718, de la convocatoria interna de investigación de la Universidad Industrial de Santander. 2020.

## Resumen

El objetivo fundamental de este artículo es mostrar cómo la propuesta de la injusticia epistémica permite comprender la relación entre la mentira en política y la injusticia. Sostenemos que cuando la mentira política asume un sesgo prejuicioso basado en la identidad causa mayores daños en el mundo social compartido. Para lograr este objetivo, primero, analizamos el vínculo entre el mentir y el agente, buscando dilucidar las particularidades de la mentira política frente a otras formas de mentir. Segundo, afirmamos que la mentira política sustentada en el prejuicio configura una condición ontológica de las víctimas. Finalmente, proponemos como alternativa dos aspectos complementarios: una terapéutica epistemológica contra el prejuicio y la lucha de los grupos afectados por el prejuicio.

### PALABRAS CLAVE

Mentira política, prejuicio identitario, injusticia epistémica, Miranda Fricker, Hannah Arendt.

## Abstract

The principal aim of this article is to show how an epistemic injustice **approach** allows us to understand the relationship between lies in politics and injustice. We argue that when political lying assumes a prejudiced identity-based bias, it causes further damage in the shared social world. To achieve this objective, first, we analyze the relation between lying and the agent, seeking to elucidate the particularities of political lying, as compared to other forms of lying. Second, we asseverate that the political lie based on prejudice configures an ontological condition of the victims. Finally, we propose two complementary aspects as an alternative: an epistemological therapy against prejudice, and the struggle of groups affected by prejudice.

### KEYWORDS

Political lie, identity prejudice, epistemic injustice, Miranda Fricker, Hannah Arendt.

## I. INTRODUCCIÓN

La discusión sobre la mentira en la política tiene como una de sus complejidades principales la delimitación del reproche moral que esta implica. Ya que, desde las versiones más clásicas hasta las más contemporáneas, se entiende que el mentir hace parte de la política como arte que se ejerce en público (Galeotti, 2015). Asumiendo lo anterior, la discusión se torna sobre el esclarecimiento de los criterios que nos permitan delimitar aquello que la hace desdeñable o que afecte la posibilidad del mundo común que constituye lo político. Entonces, la cuestión que se viene a nuestra mente es la necesidad de determinar cuándo y en qué condiciones la mentira se convierte en reprochable en el ámbito público y, a partir de lo anterior, qué tipos de estrategias tenemos para la corrección moral.

Para ello podemos traer como ejemplo la permanente conexión que se ha hecho entre la hipocresía y la política: en muchos casos, el mayor daño que puede generar el político hipócrita es hacernos sentir como tontos al descubrir que hemos creído en sus mentiras. Siguiendo a Shklar (1984), la hipocresía a este nivel se encontraría entre los vicios ordinarios, dado que lo que nos incomoda de esta se encuentra en un nivel menor en la escala moral. Incluso, puede que el reproche de hipocresía sea utilizado en la política para ocultar problemas mayores o se convierta en un ataque fácil entre contrincantes que realmente evaden la discusión sobre lo fundamental, como un juego de máscaras en el que uno acusa al otro de usar tal máscara: “es más fácil irse en contra del carácter del oponente acusándolo de hipócrita que mostrar que sus convicciones políticas están erradas” (Shklar, 1984, p. 48).

Empero, en otras ocasiones, el nivel de daño de la mentira aumenta y afecta algo más profundo que nuestro deseo de tener políticos transparentes. Por ejemplo, entenderíamos que en política se finjan empatías o se pretenda ser mejor de lo que realmente cada uno es. Mas vemos como un problema sustancial cuando la hipocresía de un Gobierno considera tolerables algunos usos para interrogar que, si se les aplicaran a sus propios ciudadanos, condenaría como tortura.

Así, el tipo de mentira que nos importa aquí es el engaño que afecta la justicia, pues este es el que termina diezmando las posibilidades de un mundo público común (Szabados & Soifer, 2004, p. 187). En este contexto, queremos ver el lugar que el prejuicio juega dentro de la pregnancia y ponzoña de la mentira en política asumiendo la perspectiva propuesta por Fricker de la injusticia epistémica. Sostenemos entonces que cuando el engaño en política se alimenta de los prejuicios, por una parte, logra el mayor grado de repercusión, es decir, la mentira es más pregnante; y, por otra parte, implica el mayor grado de reprochabilidad, porque en estos casos la mentira política puede afectar la justicia al eliminar la posibilidad de que todos los sujetos se presenten como parte del mundo construido en común y sean considerados como interlocutores válidos.

*Men against fire* (2016), uno de los capítulos de la conocida serie de ficción distópica *Black mirror*, nos pone ante el nivel más alto de idealidad de la mentira política. En este episodio se muestra a unos soldados a los que se les ha instalado un chip de realidad virtual en su cerebro con el obje-

tivo de que vean los enemigos como horribles monstruos, denominados *cucarachas*. Seres completamente diferentes a toda forma de humanidad, que no hablan, sino que gimen; que no tienen rostros, sino antenas, y que son todo lo no humano y, por ende, deben ser eliminados. Este nivel de la mentira corresponde a lo que queremos denominar aquí como constitución de una ontología sustentada en la mentira política. Para ser precisos, el nivel ontológico de la mentira política se da en cuanto la mentira llega al punto de tratar de construir una realidad que puede afectar la justicia, puesto que lleva a que ciertos seres humanos sean tratados como “lo que no son” a partir de enfatizar cada vez más un prejuicio.

Nuestra hipótesis de trabajo es entonces que la mentira en política se alimenta de los prejuicios identitarios sociales y a partir de ellos construye su nivel de credibilidad y propagación. Si los prejuicios levantan un obstáculo para la verdad, los seres afectados por la mentira tendrán dificultades para mostrar discursivamente su perspectiva y dar buenas razones de su comprensión del mundo. En estos casos, la propagación de la mentira hace que seamos como estos soldados que han sido programados para ver como monstruos a quienes son afectados por ciertos prejuicios. De esta manera, la mentira en política puede llevarnos a construir marcos de ininteligibilidad del otro, entendiendo que el testimonio de este otro no tiene el nivel de credibilidad que tiene la del grupo identitario más poderoso. Por ende, queremos mostrar en las próximas páginas cómo el problema de la mentira en política al nivel del mal epistémico y ontológico consiste en que no solamente implica el error en sí mismo, es decir, no solo nos están diciendo lo que no corresponde con una verdad, sino que el mentiroso se aprovecha del poder identitario para reconstruir el nivel ontológico del otro para poderlo tratar como un ser con *menor razón, menor humanidad, menor necesidad de ser llorado* (Fricker, 2007; Butler, 2010).

En el camino que recorreremos para ver el poder que tiene el prejuicio cuando es conectado con una mentira se distinguen los siguientes puntos: primero, la relación entre el mentir y el agente; segundo, la acción performativa de la mentira; y, tercero, el prejuicio como ponzoña de toda posibilidad política.

## II. EL PROBLEMA DEL AGENTE Y EL MENTIR EN POLÍTICA

Podemos considerar como un aspecto básico que mentir tiene una conexión directa con la intención del agente, en cuanto este está diciendo algo falso con ánimo de engañar a otro. Esta perspectiva nos permite diferenciar la acción de mentir de la de caer en el error. El mentiroso tendría la intención de engañar, lo cual lo hace diferente al sujeto que enuncia un error por ignorancia o falta de elementos de juicio. Derrida (1995) reconoce la diferencia entre una historia del error y una historia de la mentira justamente desde este punto: la mentira no es un error, pues “se puede estar en el error, engañarse sin tratar de engañar, y por consiguiente, sin mentir [...] la mentira tiene que ver con el decir y con el querer decir, no con lo dicho” (Derrida, 1995, p. 3). Cabe aclarar que

Derrida incluye en esta comprensión otra categoría, la *contra-verdad*, que distingue del mentir, decir un error o engañar. Con este concepto alude a ejemplos como el del periodista del *New York Times* que, dejándose llevar por sus prejuicios o deseos de saltar a conclusiones, es negligente en la búsqueda de la verdad (La Caze, 2017, p. 201). Aunque esta diferencia pueda ser clarificadora, para nosotros estos casos se unen a los de la mentira.

Empero, podemos ver que en nuestras sociedades contemporáneas la definición y la delimitación del agenciamiento, si bien son una base clara de responsabilidad para el nivel punible del mentir en política, son menos transparentes y evidentes de lo que se podría pensar a primera vista. Y es que el prejuicio actúa socialmente en muchas ocasiones sin que dependa específicamente de un agente al que se pueda imputar un acto claro de mentir; antes bien, sabemos que el prejuicio se va asentando en la red social para constituir toda una ontología que, incluso, como veremos, termina siendo aceptada por las mismas víctimas del prejuicio.

Esta complejidad del agenciamiento se debe, para Arendt (2017), a que la mentira crea un mundo donde el mentiroso puede terminar creyendo su propia mentira. En este sentido, tendríamos que hacer dos distinciones siguiendo a Arendt: la primera es que la mentira tradicional no es la misma que la de las sociedades modernas: en su forma tradicional, las mentiras tenían un uso más atómico y determinado; por el contrario, en las sociedades modernas, la mentira en política se construye en un proceso continuo con otras mentiras. La segunda se da entre el uso de las mentiras con intención de engaño dentro de las sociedades liberales y el de aquella de los sistemas totalitarios, en los que se pierde todo referente de la verdad y se crea un mundo fantasmagórico. Sin embargo, sin tener que estar en el nivel extremo del sistema totalitario, parece ser que, al tener tantas mediaciones, en nuestras formas de políticas actuales es posible que el mentiroso llegue a autoengañarse y creer entonces en sus falsedades.

Una aproximación llamativa del autoengaño es el enfoque evolutivo de Galeotti (2015), quien comprende el autoengaño en política desde procesos biológicos evolutivos que se centran en motivos irracionales para la defensa del sí mismo frente a una realidad que se presenta como extremadamente peligrosa o decepcionante. Según esto, todo humano está dispuesto a autoengañarse en el caso de que tal engaño permita unas mejores posibilidades para sobrevivir. Mas no es lo mismo el fenómeno psicológico del autoengaño—quien se autoengaña es una víctima que cree merecer el maltrato o considera que lo dicho es verdad, aunque no se ajuste con su vivencia—y el autoengaño en política, en el que no es posible considerar al político como víctima de su autoengaño. Según esta autora, se presentan tres tipos de autoengaño en política: 1) el engaño de otros es un subproducto del autoengaño sobre planes futuros o errores pasados; 2) el autoengaño es auxiliar al engaño de los demás, y 3) el autoengaño proporciona la justificación para el engaño intencional de otros (Galeotti, 2015, p. 895).

Ahora bien, retomando las palabras de Shklar (2013), la relación epistémica que involucra un proceso de injusticia se da cuando a los excluidos se les niega la posibilidad de interacción social: “la



discriminación social contra miembros de estos grupos es una cuestión de engaño, por decirlo sencillamente. Las víctimas son acusadas de errores y desmerecimientos, para, a continuación, ser tratadas de acuerdo con ello” (p. 79). El problema del prejuicio es que constituye una ontología social en la que la víctima termina considerando como verdadero el juicio dado por el grupo identitario con poder, asumiendo que su subordinación es una condición no transformable. Y es que, como afirma Shklar unas líneas más adelante de las antes citadas: “la mayoría de nosotros preferimos reordenar la realidad más que admitir que somos indefensos objetos de una injusticia. Hasta el autoengaño parece mejor que admitir lo primero” (pp. 79-80).

Para dimensionar esta posibilidad del autoengaño en política es importante detenernos en el nivel realizativo de la mentira moderna, pues esta procura construir una realidad completa, siendo no solamente una mentira específica dentro del contexto político, sino una secuencia de mentiras que a veces son difíciles de rastrear, incluso para aquellos que las están creando (Bufacchi, 2020, p. 4). A partir de lo anterior reconocemos la conexión entre discurso y performatividad que tiene la mentira. A propósito de ello Arendt (2017) afirma: “la negación deliberada de la verdad factual la habilidad para mentir y la capacidad de cambiar los hechos la capacidad de actuar se hallan interconectadas” (p. 88). La mentira se relaciona con el poder realizativo, dado que su posibilidad de lograr credibilidad está enraizada en la capacidad humana de crear mundos, de crear algo nuevo que también sustenta todo intento político.

En efecto, la mentira puede sonar más verdadera que los hechos, porque el mentiroso construye el mundo de su mentira conforme a lo que su público espera y quiere escuchar, aún más si dichas mentiras se anclan en prejuicios que tienen una amplia aceptación dentro de una sociedad. Precisamente Arendt nota que, por causa de la fragilidad característica del mundo de la acción, la mentira tiene más cabida y puede ser peligrosa en demasía; esto es así porque, por una parte, como vemos, la mentira se origina en la facultad de la imaginación humana que sustenta la posibilidad de tener libertad e imaginar otros mundos posibles; y, por otra parte, los hechos mismos en el mundo de la acción son contingentes, pues precisan

de un testimonio para ser recordados y de testigos fiables que los confirmen para encontrar un lugar seguro en el terreno de los asuntos humanos. De lo cual se sigue que ninguna afirmación fáctica podrá situarse jamás allende de la duda [...] es esta fragilidad la que hace que el engaño resulte tan tentador y tan fácil *dentro de ciertos límites*. (Arendt, 2017, p. 89-90)

Así las cosas, Arendt ha trabajado en cómo entender esto que llamamos “hechos”, que pueden ser ocultados por la mentira. Para la filósofa, los hechos no pueden ser determinados meramente por el consenso, pero tampoco se puede pensar en ellos como traídos de un mundo de la verdad separado de nuestro mundo (Phillips, 2013, p. 109). La verdad contingente de los hechos históricos solo se puede sostener a partir de hechos que parecen difíciles de eliminar a pesar de la mentira;

es decir, que se retienen obstinadamente en medio de la pluralidad humana. Por eso, Arendt puede terminar su escrito sobre verdad y política asumiendo que existe algo que está más allá del *querer* que constituye el mundo político, unos límites que deben ser respetados y desde los cuales emerge la acción. Sobre el final de este texto Tyner (2017) nos ofrece una interpretación que compartimos:

When Arendt suggests the importance of truth in elevating and preserving politics, she means factual truth. The reality that provides limitations to judgment and action, then, is composed of the facts and events that constitute factual truth and our expectations about what is achievable in light of those facts and events. This is what Arendt means when she writes that truth is both the ground and the sky: it encloses actions and judgments within certain limits. (p. 525).

La imaginación es la facultad que permite tanto hacer pasar las mentiras por verdades como mantenernos alertas frente al mundo fantasmagórico que la mentira quiere crear. Arendt apelaría a una imaginación limitada por las posibilidades que ofrece la realidad, en otras palabras, una imaginación que tiene sus raíces en lo factual, sosteniendo esto último como el límite que niega las posibilidades de negar los hechos, pero también que permita entrar una polifonía de voces a partir de otras formas de ver el mundo (Tyner, 2017); sobre este punto volveremos en el tercer apartado de este artículo. Con respecto a la crítica que Derrida le hace a Arendt por una falta de visión ética sobre el lugar de la mentira, nos ceñimos a la interpretación de La Caze (2017) según la cual tal crítica es, más bien, una falta de comprensión de los textos de Arendt pues las posturas de ambos están más cercanas de lo que el pensador francés asumiría.

### III. PODER SOCIAL-POLÍTICO Y EL NIVEL ONTOLÓGICO-REALIZATIVO DE LA MENTIRA

Los grupos que tienen más poder político y social pueden influir en los acontecimientos del mundo social de manera más eficiente e, incluso, constituir desde una *mejor* posición el mundo común. Queremos ahora sostener que estos grupos que ejercen un poder sobre la credibilidad pueden mentir de manera más eficiente, pues como grupo identitario poderoso son capaces de utilizar y posicionar más sus prejuicios y utilizarlos en beneficio de sus narraciones.

Veamos primero en breve las fuentes desde las que comprendemos el tema del prejuicio. Para Kant, los prejuicios son creencias que se resisten a los intentos de modificación o de eliminación y por este motivo son más perjudiciales que la ignorancia. El prejuicio es el error de una *mente perezosa*; por ende, se conecta con la inmadurez del pensamiento, con una “heteronomía de la razón” (Ak V 295-295). Kant incluso distingue dos tipos de prejuicios: los basados en la apariencia y los basados en el amor a sí mismo; en uno se acepta lo que el otro dice porque parece ser un sujeto que diría la verdad; en el segundo se acepta lo que se dice porque se acerca al propio razonamiento. Aunque esta versión de Kant alerta sobre el peligro del prejuicio y muestra cómo este se relaciona con un

sentido de la identidad, ya sea porque me identifico con el hablante o porque le doy un puesto especial al hablante, esta visión se queda corta al no entender la forma en que el prejuicio trabaja de manera estructural y no simplemente dentro de la razón del sujeto individual. Es decir, no es tan fácil deshacernos de un prejuicio identitario, como parecería apuntar el sentido sostenido por la idea de una mente perezosa.

Por otro lado, Fricker en su conocido estudio sobre la injusticia epistémica relaciona los prejuicios directamente con el poder social. Así, la autora afirma la existencia de dos tipos de manifestación del poder social: uno determinado por el agenciamiento y otro de tipo estructural. En el primero tenemos un agente específico que ejerce el poder, mientras en el segundo caso la capacidad de influir en la marcha de los acontecimientos se ejerce sin necesidad de un sujeto concreto sino a partir de estructuras establecidas. Esta separación entre el ejercicio del poder y el sujeto concreto nos permite entender, por una parte, cómo funciona la mentira en la que el mentiroso mismo termina viviendo en el mundo falso que ha creado y, por otra parte, cómo puede el prejuicio actuar a pesar de nosotros mismos cuando tratamos de juzgar la veracidad o no de un discurso político.

Este poder social se conecta con el poder identitario, analizado por Fricker, el cual se refiere a la capacidad de influenciar los acontecimientos sociales a partir de la simbología propia de la identidad, es decir, en cuanto el sujeto se siente parte de un determinado grupo. Esta clase de poder emerge de las concepciones compartidas en el plano de la imaginación social colectiva, desde las cuales tomamos decisiones y consideramos a ciertas personas como más veraces o confiables que otras. Es más, el poder identitario puede controlar nuestras acciones a pesar de nuestras creencias, pues se interrelaciona dentro del nivel estructural de lo social configurando nuestra episteme colectiva. Fricker asume que este poder identitario no actúa específicamente en lo material, sino que está en el nivel de la imaginación. Ahora bien, el prejuicio como tal no tiene en sí un dilema moral, su problemática moral o ética surge cuando estos prejuicios afectan el nivel de credibilidad que se le da a ciertos testimonios:

Los prejuicios son una poderosa fuerza visceral, sobre todo porque no se expresan tanto en el plano de la creencia como en el plano de la imaginación y los compromisos emocionales sociales que dan forma de manera más subrepticia las percepciones que los oyentes tienen de los hablantes. (2007, p. 98)

En este sentido, cuando nos enfrentamos a la infravaloración o eliminación de la verdad de un testimonio a causa de un prejuicio identitario es cuando nos encontraríamos con un caso de injusticia epistémica.

Como bien apunta Hawley analizando el postulado de Fricker, en este problema es clarificador asumir la diferencia entre la injusticia epistémica y el nivel de confianza o desconfianza que damos a determinado discurso teniendo en cuenta la persona a la que pertenece. Así pues, podemos confiar o no en los otros con respecto a un tema en específico o podemos variar el grado de confianza que

damos al testimonio de otro, sin que estas atribuciones impliquen una injusticia epistémica. Por tanto, aclara la comentarista, deberíamos limitar la injusticia epistémica “solamente a los casos en donde el prejuicio absorbe la racionalidad y entonces desconfiamos de lo que debería confiarse” (Hawley, 2017, p. 76). Un ejemplo de este tipo de usos del prejuicio identitario para mantener mentiras políticas ha estado a la base de genocidios, persecuciones y otros tipos de denigración social. Por ejemplo, cuando se culpa al migrante de todo problema, ya sea azaroso o causado, que sufre una sociedad o cuando se juzga precipitadamente a una raza o género como culpable de ciertos aspectos de violencia. El prejuicio opera a partir de imágenes que pueden cohabitar en nuestras mentes a pesar de nosotros mismos y las creencias que tenemos por valiosas. La mentira se arraiga en su posibilidad de credibilidad, por lo que parece que es en la relación entre credibilidad y prejuicio en la que la mentira política se vuelve más corrosiva.

A partir de lo anterior consideramos que el poder identitario puede hacer mella en la ontología social convirtiendo el perjuicio en la imagen que hacemos de los otros con una afectación ontológica; es decir, la mentira basada en el prejuicio configura una construcción de mundo en cuanto se basa en el poder identitario. De nuevo surge el problema de la relación entre prejuicio y mundo de la acción, en cuanto la fragilidad de un mundo que se sostiene en testimonios puede privilegiar unos testimonios sobre otros. Igualmente, quien se puede beneficiar de un prejuicio positivo puede hacer que su discurso, aunque falso, se presente por verdadero gracias a la credibilidad que le adjudican los oyentes (Fricker, 2017, p. 57). Por consiguiente, podemos afirmar que, primero, donde la mentira se alimenta cada vez más del prejuicio, poco tienen para actuar los que se ven afectados por los prejuicios y, segundo, en estos casos la mentira deja su nivel de simple arte retórico o *natural*, en un mundo de no transparencia, para convertirse en la forma de ejercer un poder despótico e injusto.

Para entender mejor cómo se configura esta ontología desde la injusticia epistémica nos es de utilidad la diferencia entre prejuicios simples y sistemáticos. Los prejuicios simples son aquellos que se dan únicamente sobre un aspecto del sujeto y solo aparecen en algunas ocasiones. Los segundos se dan en los casos en los que los

prejuicios *persiguen* al sujeto a través de las diferentes dimensiones de la actividad social económica, educativa, profesional, sexual, jurídica, política, religiosa, etcétera. Ser objeto de un prejuicio rastreador hace que uno sea susceptible no solo de la injusticia testimonial, sino a toda una gama de injusticias diferentes. (Fricker, 2007, 27)

Para la autora, nos encontramos aquí con el nivel más profundo del prejuicio identitario, pues un sujeto puede o no construir mundo a causa de ese déficit de credibilidad prejuiciosa identitaria. Esta visión no es muy lejana a la sostenida por Arendt:

El prejuicio para Arendt es un tipo de juicio legítimo del pasado que se ha congelado por nuestra falta de reflexión sobre él. Los prejuicios obstruyen nuestra capacidad de juzgar y de percibir lo que

está ocurriendo. Ella sugiere rastrear la fuente original de cualquier verdad o juicio anterior que contengan como parte de ese proceso (...) Para Arendt, los prejuicios se comparten en lugar de ser individuales o idiosincrásicos y se basan en una apelación a la autoridad. Los prejuicios nos facilitan afirmar contra-verdades y evitar perseguir la verdad. (La Caze, 2007, p. 206)

Sin embargo, debemos preguntarnos ¿cómo es esto posible y cuál es la conexión entre epistemología y ontología social? Fricker, retomando a Williams, explica la dinámica existente entre una creencia y la constitución del mundo compartido. El proceso mediante el cual una creencia se estabiliza y la asumimos como verdadera se da a partir de la conversación fiable con el otro, es decir, le creemos a los otros sobre sus testimonios y con estos discursos construimos nuestras ontologías sociales. Esta versión es cercana a ese mundo de la acción construido a partir del diálogo que en el apartado anterior caracterizábamos con Arendt. Afirma Fricker (2007) que estos diálogos de fiabilidad “no solo estabilizan nuestra mente, sino con ello también (algunos aspectos de) nuestra identidad” (p. 53); idea que continúa un poco más adelante de la siguiente forma: “el proceso mediante el cual se estabiliza la mente es también el proceso mediante el cual acabamos convirtiéndonos en quienes somos íntima y profundamente, tal vez esencialmente” (p. 53). Estas dos ideas son fundamentales para la relación entre el prejuicio, la injusticia epistémica y la mentira política, pues la injusticia testimonial margina al sujeto de la participación en la actividad misma que estabiliza la mente y forja un aspecto esencial de la identidad. En este caso, la mentira puede llegar a niveles de opresión, en cuanto las mentiras políticas que asumen a un grupo social determinado como culpable o chivo expiatorio implican que a los sujetos afectados no solamente se les ha negado su condición de ser sujetos epistémicos, sino que además se les ha apartado de la constitución del mundo confiable.

En esta línea también aporta a la actual discusión la afirmación de Guenther (2017) sobre la relación entre las capacidades epistémicas y la identidad: “tú eres lo que tú sabes, y la forma en que sabes esto es a partir de lo que responden los otros como expresiones de conocimiento” (p. 201). Por ende, nuestra construcción de identidad está atravesada por las construcciones epistémicas que socialmente se van efectuando. Guenther acota la expresión “experiencia viva de la injusticia hermenéutica” para resaltar la clara conexión de la construcción del mundo con la posibilidad que tiene nuestra voz de ser tomada en cuenta en una experiencia fenomenológica atravesada por la experiencia intersubjetiva y corporal.

La objetivación causada por una *agenda epistémica* (Guenther, 2017) sostenida por el grupo élite puede etiquetar ciertos cuerpos y lenguajes antes de que estos puedan incluso configurar su propio estar en el mundo. A esto enfrenta Guenther la incomodidad sufrida por quien es víctima de una injusticia epistémica, una incomodidad que nosotros podemos decir no está limitada al nivel epistémico, considerado como menos certero o confiable, sino también al ontológico-existencial. La mentira que se construye frente a ellos hace surgir una visión del sí mismo que la víctima rechaza. Incluso, la comunidad con jerarquía puede inventar su propia memoria desde la cual hace parecer sus mentiras más verdaderas, la construcción de memoria es un punto simbólico desde el

cual la injusticia epistémica y la mentira política se conectan de forma despiadada. Cabe aclarar que nos referimos más a la injusticia testimonial que a la injusticia hermenéutica. En este caso, el grupo identitario con poder social utiliza de manera alevosa los prejuicios que se puedan presentar dentro de su cultura para mentir políticamente, generando que esta proliferación del prejuicio termine configurando unas vidas a las que, primero, no se les valora sus testimonios, segundo, se les usa de chivo expiatorio y, tercero, se considera que sus vidas son innecesarias, menores, desechables. El estereotipo prejuicioso distorsiona la percepción social y, al funcionar en la imaginación social colectiva, actúa incluso a pesar de las creencias de las personas; por ende, la mentira que se alimenta de los prejuicios va generando un marco epistemológico que, al final, favorece una injusticia hermenéutica a nivel social:

La capacidad de dar conocimiento a los demás es un lado de esa capacidad polifacética tan importante en los seres humanos, a saber: la capacidad de razonar [...] no es de extrañar que ser insultado, menoscabado o agraviado en la capacidad de ser portadores de conocimiento es algo que puede calar muy hondo. Tampoco es extraño que, en contextos de opresión, la voluntad del más poderoso se asegure de socavar precisamente en esa capacidad a los más indefensos, pues proporciona una vía directa para degradar su humanidad misma. (Fricker, 2017, p. 44)

La degradación causada por la injusticia epistémica lesiona a la persona humana tanto como sujeto de conocimiento como en su condición de ser humano en cuanto tal. Nuestro punto consiste en mostrar que la mentira política sustentada en prejuicios identitarios termina deshumanizando una parte de la población a la que se culpa de lo que sucede y no puede encontrar una voz para ir en contra del poder social que regula con más fuerza la construcción de mundo común. Es precisamente sobre este que se configura la dimensión ontológica de la mentira política: no solo están mintiendo, no solamente aportan una imagen más dentro de la red simbólica de una cultura, sino que están construyendo un mundo en donde las víctimas de la injusticia epistémica están quedando por fuera.

Volviendo al ejemplo de *Black Mirror*, este mundo de soldados y de enemigos convertidos en cucarachas es la versión metafórica de lo que sucede cuando un denominado grupo privilegiado a nivel epistémico puede llegar a construir un mundo excluyendo a todo un grupo de personas a las que no se les cree su testimonio y, por tanto, no pueden ser parte del mundo compartido. Es decir, sus verdades y conocimientos simplemente no valen, sus vidas tampoco. Cuando el soldado protagonista, que ha tenido un daño en el chip a partir de la ingeniería inversa de las *cucarachas*, se encuentra con una mujer que antes era vista como un monstruo se da la siguiente conversación: “me ves como yo soy, no ves una cucaracha”, frente a la consternación del soldado de enfrentarse a otro humano, este le responde que las cucarachas no hablan, a partir de lo anterior sabemos que las máscaras-chip que tienen los soldados no les permiten entender las palabras del pueblo enemigo como palabras, ni su llanto como llanto, incluso no pueden sentir el olor a sangre cuando los asesinan. En este diálogo se puede ver la condición ontológica que configura la mentira sustentada en los prejuicios de identidad.



Si queremos acercarnos ahora a la forma en que los grupos de poder pueden utilizar la mentira política fundada en el prejuicio identitario, dentro del episodio también nos encontramos con un buen punto: los habitantes de los pueblos. Ellos no tienen máscaras, pueden ver a las denominadas *cucarachas* tal y como son, otros seres humanos. Ante esta situación, el soldado le pregunta a la mujer el por qué los del pueblo les temen y los llaman también cucarachas. Por la respuesta de ella nos enteramos de que a los pueblos les han enseñado a odiarlos, así el uso de medios de comunicación masivamente para sembrar el pánico, odio y miedo a la comunidad objetiva hace que los ciudadanos que no tienen implantado el chip de todas maneras no puedan verlos como realmente son. Por supuesto, los medios cumplen un lugar fundamental en esta forma de performatividad de la mentira haciéndola valer por encima de los hechos (Jones, 2012, p. 183).

Entonces, se necesita apelar a un principio de responsabilidad que una el nivel epistemológico con el nivel ético y político. Parece que necesitamos entonces hacer una conexión entre la discusión moral de los prejuicios que se asumen en las formas de mentir en política con la discusión sobre las competencias epistémicas.

#### **IV. PERPLEJIDAD SOBRE LO QUE SABEMOS: LIMITAR NUESTROS PROPIOS JUICIOS**

La injusticia hermenéutica es el resultado de obstáculos en la imaginaria social que produce una inhabilidad para ver y oír a ciertos integrantes de la comunidad; esta ceguera produce que sus discursos sean suprimidos y que los prejuicios puedan acabar con sus posibilidades para lograr una vida floreciente. Retomar la versión de Medina (2012) de un concepto de epistemología ampliado implica asumir que “nuestras vidas epistémicas están inextricablemente interconectadas con nuestras vidas sociales y políticas” (p. 314); en este sentido, nuestras habilidades epistémicas pueden estar atrofiadas para escuchar la polifonía de voces que componen lo social, insensibilidad que limita la comunicación. Fricker también apela a estas relaciones entre ética, política y epistemología; cuando asume la lectura de Hartsock sobre la posición injusta que tienen los dominados frente a las posibilidades de los poderosos, la autora claramente apunta a que la relación de dominio o de estructuración del mundo que tienen los poderosos se da en tres niveles: el material, el ontológico y el epistemológico. Si bien la autora considera importante el análisis de lo epistemológico, no deja de advertir la profunda conexión de los tres niveles en la configuración del mundo:

Nunca andaremos muy lejos de las cuestiones materiales y ontológicas conexas, pues es obvio que determinadas ventajas materiales generarán la pretendida ventaja epistemológica; si se tiene poder material, entonces se tenderá a ejercer influencia en aquellas prácticas mediante las cuales se generan los significados sociales. Y en el contexto hermenéutico de la comprensión social, también está claro que, al menos en ocasiones, si las interpretaciones están estructuradas de determinada forma, también lo estarán los hechos sociales. (Fricker, 2007, p. 238)



Lo anterior puede ser aprovechado por políticos para mentir y construir un mundo excluyendo a ciertos grupos que sufren no solamente una violación contra la verdad sino una injusticia social. Hasta aquí va nuestro argumento. Ahora veamos posibles salidas contra el prejuicio a nivel de la injusticia testimonial. Como afirma Malpas parece que la conciencia del fracaso es una forma de sabiduría que permitiría combatir el mundo que construye falsedades a partir de los prejuicios:

El hecho de que nosotros frecuentemente fracasemos en el notar el carácter de falibilidad de nuestras empresas y proyectos, simplemente es una función del hecho de que reajustamos constantemente nuestras comprensiones del éxito de acuerdo con la realidad de nuestras fallas [...] el reconocer la inevitabilidad del error es reconocer el esencial carácter limitado de toda actividad y vida humana. (Malpas, 2018, p. 64)

Si, como vimos, existe una conexión entre creencias y verificación en el testimonio del otro, parece que una forma de estar alerta a nuestros propios prejuicios es siempre tener la conciencia de la falibilidad, la no transparencia, ni neutralidad de nuestros juicios. Volviendo al problema del autoengaño, el estar prevenidos sobre nuestras propias seguridades es una forma útil de evitarlo “[E]n el autoengaño al contrario de un diálogo donde una visión es cuestionada o cambiada, se da un monólogo que continuamente reitera la creencia conveniente o deseada” (La Caze, 2017, p. 206), callando alguna parte del diálogo con nosotros mismos. Un camino que se abre para combatir la mentira política es la aceptación de la negatividad, de la oscuridad y no absoluta coherencia con nosotros mismos, es decir, de la autosospecha. Así, la relación entre la veracidad que le damos al testimonio de alguien está atravesada por una situación hermenéutica, para ser oyentes virtuosos es importante reconocer la forma en que la percepción social configura nuestra relación epistémica con los otros (Hawley, 2017).

Puede ser que las ontologías sociales constituidas por el poder identitario puedan controlarse a partir de entender el límite que tiene todo razonamiento y todo juicio. La solución no es la eliminación de todos los prejuicios, pues no es posible la configuración de un oyente neutral, sino que la idea es que el oyente sea consciente de los prejuicios a los que puede enfrentarse y puede llegar a sospechar del juicio de credibilidad que da a otro discurso. Es a lo que llama Fricker (2017) la virtud de justicia testimonial en su función de virtud correctora (pp. 54-56), virtud que, a partir de alimentarse una y otra vez de experiencias, pone en revisión los prejuicios. La comprensión de la sabiduría como limitación nos lleva, primero, a estar precavidos de la *mente perezosa* que se contenta con creer que todos nuestros juicios están enraizados en verdades cuando, en verdad, están siendo presas de prejuicios. Segundo, mantenernos al mismo tiempo cautos del mismo prejuicio de la ilustración, es decir, de olvidar el sistema estructural del poder identitario de donde emergen las construcciones de verdades. Como afirma Fricker (2017): “lo que se requiere en el oyente para evitar una injusticia testimonial —y para servir a sus propios intereses epistémicos por conocer la verdad— es una virtud correctora antiprejuiciosa que sea particularmente *reflexiva*

en su estructura” (p. 91). Ahora bien, esta sabiduría o virtud correctora se puede refinar a partir del escuchar al otro, siendo atentos de los límites de nuestros conocimientos y, de esta manera, procurar reconocer cuándo un prejuicio está siendo usado como base de una mentira política con un deseo de manipulación.

## V. CONCLUSIÓN

A partir del camino recorrido podemos afirmar lo siguiente: primero, la mentira en política es un asunto de completa actualidad y a la vez con una implicación compleja al nivel reflexivo. Segundo: una luz para el análisis y la comprensión de las dramáticas consecuencias que tiene la mentira política puede ser el trabajo desarrollado por Fricker sobre la injusticia epistémica. Lo anterior en cuanto esta perspectiva permite entender qué es y cómo funciona el prejuicio identitario dentro de una sociedad compleja. Tercero: podemos sostener claramente que en el caso donde la mentira política se vale de los prejuicios identitarios se cometen los mayores niveles de injusticia y de exclusión.

Entonces, podemos asumir el sentido de la virtud correctora como una apertura al diálogo continuo: posibilidad humana de construir mundo con palabras; el aplazamiento de la violencia y la apertura al discurso pueden ser una buena fuente de liberación de los prejuicios gracias a la escucha reiterada de los testimonios del otro. Esta apertura al diálogo se asume desde lo que Medina (2012) denomina “fricción epistémica”. Estar no solamente abiertos a escuchar al otro, sino hacia una apertura sensible al diferente y a las disonancias. Esta terapia escéptica es la que Shklar (2013) subraya: “para el observador escéptico, parece claro que en su complacencia epistemológica el modelo normal [de justicia] olvida la irracionalidad, la codicia, el miedo, la indiferencia, la agresión y la desigualdad que confieren a la injusticia su desmedido poder” (p. 95). El problema de la injusticia consiste en que la víctima necesita ser audible y visible para denunciarla, ya que el derecho de queja está abierto “sólo para aquellos cuyas voces son audibles en público [...] que a uno no le pregunten si está de acuerdo o no con las medidas que controlan su vida es no contar para nada, ser un cero a la izquierda” (Shklar, 2013, p.186).

Retomando la propuesta de Medina en su relectura de la injusticia epistémica. Vemos que la lucha de los grupos excluidos se desarrolla contra las mentiras construidas a partir de los prejuicios identitarios. Medina parte de la hipótesis profunda según la cual donde existe poder, existe resistencia; así, cuando el *poder* utiliza sus privilegios para mentir, deben existir canales de resistencia epistémica (Medina, 2012; 2017).

Desde el episodio de *Black mirror* podemos notar que los hombres configurados como *cucarachas* por la comunidad poderosa generan comunidades epistémicas de resistencia; se enfrentan desde sus posibilidades a la mentira ontológica que los ha determinado. Esta respuesta emerge desde: 1) las víctimas de la justicia epistémica procuran desactivar el chip de las máscaras a partir de la ingeniería inversa; 2) algunos habitantes procuran esconderlos y salvarlos a partir de otros sistemas

de creencias, y 3) la crisis ética del soldado ante el descubrimiento de la verdad encubierta por el sistema político lo lleva al resquebrajamiento del sistema ontológico de creencias y a exclamar un desesperado: “nada es verdad”.

Medina (2012) tematiza la conexión entre injusticia epistémica e injusticias sociopolíticas. Ante estas injusticias, una forma de protegernos y resistir es a partir de “una visión híbrida de la responsabilidad compartida desde un contextualismo polifónico” (p. 158). Esta responsabilidad asume la red social que se teje al evaluar los discursos de los otros como verdaderos o falsos: todos debemos tener una sensibilidad para no permitir que sea acallada una voz. Luego, las comunidades necesitan estar frente a una fricción epistémica que les haga entender la imposibilidad de que su visión sea completa y única (Medina, 2012, pp.156-158). Aquí se requiere el cultivo de una imaginación dispuesta a responder a grupos que podemos olvidar o dar menor importancia. La pluralidad de la imaginación, el que personas con diferentes tipos de valores y comprensiones del mundo puedan llegar a abrir espacios comunicativos, llevaría a una sociedad que se impulsa comunitariamente a imaginar otras opciones de vidas:

¿Cómo podemos resistir colectivamente las tendencias opresivas de homogeneización? ¿Cómo podemos pluralizar nuestras comunidades y producir públicos genuinos (y no divididos o fragmentados) heterogéneos? ¿Cómo cultivamos una apreciación positiva por las diferencias? Cultivando virtudes epistémicas y prácticas no solo individualmente, sino socialmente; creando las condiciones culturales y estructurales que pueden abrir espacios para la expresión y la apreciación de diferentes perspectivas, de las infinitas formas de pensar, actuar y vivir que pueden ser parte de una sociedad pluralista. (Medina, 2012, p. 265)

El proceso implica una sensibilidad frente aquel conocimiento que se ha visto como subyugado o que no contiene verdad. Para Medina (2012), en línea foucaultiana, se necesita un trabajo con lo marginal o excluido dentro de los discursos epistémicamente válidos, pues siguiendo esta subordinación o exclusión podemos lograr una polifonía que permita superar los prejuicios de los que se valen los grupos de poder para sostener sus verdades como únicas. Ello implica la necesidad de procesos de imaginar el pasado, el presente y el futuro que transformen nuestras formas de pensar y abran la sensibilidad a vivencias y prejuicios que no habíamos visto antes.

Zipes (2019) reflexiona sobre los caminos que asumen recorren los que no tienen poder para hacerse escuchar y para reconstituir lo que significa vivir en la verdad, luchar por la verdad y ser la verdad. Cercano a esta imaginación, los cuentos y narraciones fantásticas dejan ver una verdad que no se encuentra en las narraciones meramente realistas, sino que tiene que ver con verdades que atraviesan el tiempo y justicias que no se dejan escamotear. Incluso, en un punto de vista romántico, el objetivo final del trabajo académico sobre el folclor y la ficción va detrás de esa verdad que perdura en las narraciones:

los folkloristas se vuelven similares a los protagonistas de los cuentos populares y de hadas que tienen aventuras y buscan lo que yo llamo la verdad del fuego y la luz [...] El arte puede ser el poder de los impotentes solo si su fuego se aviva continuamente. (Zipes, 2019, pp. 256-257)

Para entender el problema que se presenta a nivel estructural y hermenéutico, volvamos al caso de los soldados de *Black mirror*; desde él, la solución de la humildad epistémica y de la apertura al constante discurso con el otro puede ser efectiva. Pero si fuera un caso real, es decir, el implante no permitiría ver ese otro que es igual a mí, la corrección personal no serviría de nada, pues existe una imposibilidad estructural para otorgarles voz a estos otros. Es más, según Arendt, si el grupo que tiene el poder epistémico hace pasar por hechos sus prejuicios, no será posibles sobrepasarlos si alguien no pone la imaginación por encima. En cierta forma, los hechos deben poder ser repensados imaginativamente para no eliminar la libertad de la acción humana (Phillips, 2013).

El punto de Medina (2012) es fundamental en este caso al mostrar la conexión entre imaginación, injusticia epistémica y posibilidades de resistencia (pp. 250-308). La imaginación crea más desigualdad y aumenta la vulnerabilidad, pero también sirve para hacer una defensa más fuerte, pues ayuda a crear formas de sobrevivir (Medina, 2012, p. 252). La resistencia imaginativa es aquella capacidad de imaginar ciertos mundos posibles donde los estándares morales parecen retroceder completamente, como si existiera conexión con nuestra sensibilidad y se entendiera que ciertos mundos posibles no son siquiera imaginables para una vida humana. Las posibilidades de salir de este prejuicio implican asumir la porosidad del sistema, la necesidad de una sensibilidad crítica reflexiva que sea sensible a los vacíos en los recursos hermenéuticos colectivos y la creencia de que en esos ámbitos porosos puedan darse espacios incluso para dar nombre a lo que no ha sido nombrado y llamar mentira a lo que antes parecía parte de la verdad compartida.

## REFERENCIAS

- Arendt, H. (2007). *Responsabilidad y juicio*. Barcelona: Paidós.
- Arendt, H. (2017). *Verdad y mentira en la política*. Barcelona: Página Indómita.
- Bufacchi, V. (2020). Truth, lies and tweets: A Consensus Theory of Post-Truth. *Philosophy and social criticism*, 20(10): 1-15. Doi: 10.1177/0191453719896382.
- Butler, J. (2010). *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*. Barcelona: Paidós.
- Derrida, J. (1995). *Historia de la mentira: Prolegómenos*. Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires.
- Fricke, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- Fricke, M. (2017). Evolving concept of epistemic injustice, pp. 53-60. In I. J. Kidd, J. Medina & G. Pohlhaus, Jr. (Eds.), *Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Nueva York: Routledge.

- Galeotti, A. (2015). Liars or Self-Deceived? Reflections on Political Deception. *Political Studies*, 63, 887-902. Doi: 10.1111/1467-9248.12122.
- Guenther, L. (2017). Epistemic injustice and phenomenology, pp. 195-204. In I. J. Kidd, J. Medina & G. Pohlhaus, Jr. (Eds.), *Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Nueva York: Routledge.
- Hawley, K. (2017). Trust, distrust, and epistemic injustice, pp. 69-78. In I. J. Kidd, J. Medina & G. Pohlhaus, Jr. (Eds.), *Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Nueva York: Routledge.
- Kant, I. (1900-). Kritik der Urteilkraft. En Akademie der Wissenschaften (Ed.), *Kants gesammelte Schriften* (vol. 5). Berlin: Georg Reimer (later Walter De Gruyter).
- Jones, J. (2012). Fox news and the performance of ideology. *Cinema Journal*, 51(4): 178-185. Doi: 10.1353/cj.2012.0073.
- La Caze, M. (2007). At the Intersection Kant, Derrida, and the Relation between Ethics and Politics. *Political Theory*, 35(6), 781-805. Doi: 10.1177/0090591707307324.
- La Caze, M. (2017). It's Easier to Lie if You Believe it Yourself: Derrida, Arendt, and the Modern Lie. *Law, Culture and the Humanities*, 13(2), 193-210. doi: 10.1177/1743872113485032.
- Malpas, J. (2018). Wisdom's Limit: Truth, Failure, and the Contemporary University, pp. 59-76. In M. Peters, S. Rider, M. Hyvönen & T. Besley (Eds.), *Post-Truth, Fake News. Viral Modernity and Higher Education*. Singapore: Springer Ed.
- Medina, J. (2012). *The Epistemology of Resistance. Gender and racial oppression, epistemic injustice and resistance imagination*. New York: Oxford University Press.
- Medina, J. (2017). Varieties of hermeneutical injustice, pp. 41-52. In I. J. Kidd, J. Medina & G. Pohlhaus, Jr. (Eds.), *Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Nueva York: Routledge.
- Phillips, J. (2013). Between the Tyranny of Opinion and the Despotism of Rational Truth: Arendt on Facts and Acting in Concert. *New German Critique*, 119, 97-112. Doi: 10.1215/0094033X-2077717.
- Shklar, J. (1984). *Ordinary Vices*. Nueva York: Cambridge.
- Shklar, J. (2013). Los rostros de la injusticia. Barcelona: Editorial Herder.
- Szabados, B. & Soifer, E. (2004). *Hypocrisy. Ethical investigation*. Toronto: Broadview press.
- Tyner, A. (2017). Action, Judgment, and Imagination in Hannah Arendt's Thought. *Political Research Quarterly*, 70(3), 523-534. Doi: 10.1177/1065912917702500.
- Verbruggen, J. (2016 oct. 21). Men Against Fire. [Episodio de serie televisión]. En C. Brooker (Productor), *Black Mirror*. Northamptonshire: House Of Tomorrow.
- Woolf, V. (2008). *Una habitación propia*. Barcelona: Seix Barral.
- Zipes, J. (2019). Speaking the Truth with Folk and Fairy Tales: The Power of the Powerless. *The Journal of American Folklore*, 132(525). 243-259. Doi: 10.5406/jamerfolk.132.525.0243.

## **¿Cómo narrar trayectorias de la justicia constitucional a partir de los salvamentos de voto?\***

*How to Narrate the Trajectories of Constitutional  
Justice Based on Dissenting Opinions?*

FABIO ANDRÉS OBANDO RENTERÍA

Abogado y magíster en Derecho (modalidad de investigación) de la Universidad Icesi.  
Ha sido investigador asistente y actualmente es profesor del Departamento de  
Estudios Jurídicos de la misma institución. [fabio.obando@u.icesi.edu.co](mailto:fabio.obando@u.icesi.edu.co)

\*Este artículo se basa en el proyecto de investigación “Cómo narrar trayectorias de la justicia constitucional a partir de los salvamentos de voto”, realizado en la Maestría en Derecho (modalidad de investigación) de la Universidad Icesi.

## Resumen

Este artículo reflexiona acerca de cómo narrar trayectorias de la justicia constitucional colombiana a partir de los salvamentos de voto. Se toman como referencia los disensos doctrinales que dividieron a los magistrados de la Corte Constitucional entre 1992 y 2000; particularmente en las sentencias de control abstracto aprobadas por solo un voto de diferencia. La lectura sistemática de estos desacuerdos muestra cómo opera la autonomía relativa de la doctrina constitucional en un cuerpo judicial colegiado. En ese sentido, se expone cómo el estudio de los salvamentos de voto permite ir más allá de los análisis tradicionales de las decisiones del tribunal. Estos tienden a realizarse únicamente a partir del contexto político o de los “perfiles ideológicos” de los magistrados.

### PALABRAS CLAVE

Doctrina constitucional, Corte Constitucional colombiana, salvamentos de voto, autonomía relativa del derecho, historia constitucional.

## Abstract

This article reflects on how to narrate trajectories of Colombian constitutional justice, based on dissenting opinions. It is built around the doctrinal disagreements that polarized the justices of the Constitutional Court between 1992 and 2000; in particular, through those abstract review decisions approved by only one vote of difference. The systematic reading of these debates shows how the relative autonomy of the constitutional doctrine operates in a collegiate judicial institution. In this sense, it demonstrates how the study of dissenting opinions allows going beyond the traditional analyses of Court rulings. Many of them tend to be carried out only on the basis of the political context, or the “ideological profiles” of the justices.

### KEYWORDS

Constitutional doctrine, Colombian Constitutional Court, dissenting opinions, relative autonomy of law, constitutional history.



## I. INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional colombiana ha sido resaltada por su labor activista, en medio de un conflicto armado interno de más de 60 años y graves dificultades para incorporar una administración de justicia eficaz. La Corte ha contribuido a innovar la cultura jurídica en el país a través de la dogmática constitucional. A través del discurso contenido en sus decisiones ha incentivado: transformaciones en el sistema de salud; políticas públicas efectivas en torno a la crisis social generada por el desplazamiento forzado interno; garantías a los derechos de libertad e igualdad de varias facciones minoritarias de la sociedad; entre muchos otros cambios que pueden ser vistos en una vasta literatura<sup>1</sup>.

Se ha escrito mucho acerca de la manera en que la Corte Constitucional ha permeado la cultura jurídica colombiana. Se han realizado aproximaciones históricas acerca de los efectos simbólicos del derecho y de ciertos “perfiles ideológicos” de los magistrados. Algunos representantes del poder político y medios de comunicación han criticado la labor de este tribunal. Del mismo modo, se han construido líneas jurisprudenciales sobre problemas jurídicos abordados por la Corte. Allí se ha puesto en evidencia la forma en que esta institución ha interpretado los principios del derecho. Se señala que la Corte ha construido su legitimidad ante los operadores jurídicos mediante la argumentación<sup>2</sup>.

Por su parte, este trabajo propone otros elementos para reconstruir relatos acerca de la justicia constitucional colombiana. Se toman como referencia los disensos doctrinales entre los magistrados de la Corte Constitucional durante 1992 y 2000. En especial, los desacuerdos en sentencias de control abstracto de constitucionalidad aprobadas por el margen de un voto de diferencia. Se señala que la reconstrucción de estas pugnas dogmáticas genera una cartografía de la justicia constitucional. Allí se hace posible conocer las visiones de la Constitución que han estado enfrentadas caso por caso. Estas perspectivas son relativamente autónomas, dinámicas, interdependientes y

---

<sup>1</sup> El Estado constitucional es una construcción histórica que se consolidó en instituciones políticas de países del llamado *Norte Global*. Durante algún tiempo, un sector de la academia ha considerado que solo los razonamientos jurídicos producidos en estos territorios tienen un valor teórico para el entendimiento de la justicia constitucional. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana se ha mostrado como referente de nuevas perspectivas dogmáticas (Bonilla, 2013). Igualmente, pueden verse perspectivas de la labor activista de la Corte en: Cepeda y Landau (2017), Rodríguez (2011), Landau (2014) y Landau y López (2009).

<sup>2</sup> La reconstrucción de algunas de las transformaciones incentivadas por la Corte Constitucional colombiana a partir del efecto simbólico del derecho puede consultarse en: Uprinmy (2005) y Lemaitre (2009). Igualmente, se ha reconstruido la labor de magistrados de la Corte Constitucional a partir de sus manifestaciones ideológicas en: Gaviria (2002), Herrán (1998). Existen análisis en el debate público sobre la labor de la Corte. Ver Salazar (1994) revista *Semana* (1999), Caballero (1999), Acevedo (2012), Acevedo (2018), *El Tiempo* (1999), Pinto (2000). Sobre líneas jurisprudenciales ver: López (2016), López (2006), Cepeda (2007).

complementarias con respecto a las preferencias ideológicas de los magistrados. Se sostiene que la argumentación jurídica también otorga legitimidad a los jueces, tanto en el régimen político como en la comunidad interpretativa de juristas.

En primer lugar, se mostrarán algunas experiencias narrativas sobre la justicia constitucional estadounidense en una perspectiva comparada. En segundo lugar, se contextualizarán algunas maneras en las que se ha interpretado el rol de Corte Constitucional en Colombia. En tercer lugar, se ofrecerán reflexiones para reconstruir debates constitucionales a partir de disensos entre los magistrados de la Corte. Por último, se mostrarán los comentarios finales y el balance de todos los temas contrastados.

## II. ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS PARA CONSTRUIR NARRATIVAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL MEDIANTE VOTOS DISIDENTES

En esta sección se expondrán algunas experiencias de la literatura jurídica de los Estados Unidos en la narración de trayectorias de la justicia constitucional. En especial, se abordarán aquellas que han tenido como punto de partida los disensos doctrinales entre los jueces de la Corte Suprema. Se ha tenido en cuenta el recorrido académico en aquel país para el estudio de la función judicial a partir de los desacuerdos. También se han observado las particularidades del caso colombiano.

Los países europeos continentales han sido asociados usualmente con el llamado *civil law*<sup>3</sup>. En ellos se ha debatido la conveniencia del salvamento de voto público en los Tribunales que ejercen control de constitucionalidad. En aquellos estudios se advierte que la posibilidad del disenso judicial público es relativamente nueva en algunos países de Europa. En estas aproximaciones ha estado en juego la pretensión de legitimidad institucional de los jueces en el sistema político<sup>4</sup>. Casi todos estos trabajos comparativos han perdido de vista a los países latinoamericanos, vinculados a la misma “tradición jurídica”<sup>5</sup>.

En contraste, Estados Unidos tiene una larga tradición de control judicial de constitucionalidad en su sistema político<sup>6</sup>. Desde sus orígenes, los jueces de la Corte Suprema han podido expresar

---

<sup>3</sup> Esto se dice reconociendo que las etiquetas de *civil law* y *common law* “ya no resultan lo suficientemente nítidas” en el mundo actual. Ver Rojas M. (2015, pp. 47-48), Gaviria G. (2013).

<sup>4</sup> Algunos ejemplos en Cascajo (1986), Laffranque (2003), Kelemen (2013), Fernandez (2009), Wittig (2016), Rafaelli (2012) y L’Heureux-Dube (2000).

<sup>5</sup> Excepciones a este patrón en: Verdugo (2011), Jiménez (2006). El primero estudia las virtudes del sistema de salvamentos de voto para el sistema político en Chile. El segundo desarrolla un argumento en favor de demostrar un rol de importancia de los salvamentos de voto en el sistema de fuentes del derecho en Colombia.

<sup>6</sup> Sobre el “Equilibrio de Poderes” y el “Departamento Judicial”, ver *The Federalist Papers*: en especial los ensayo 10 y 78. La obra de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay explica y justifica el constitucionalismo es-

abiertamente sus desacuerdos con las sentencias adoptadas. Allí se han reconstruido trayectorias constitucionales a partir de disensos en la jurisprudencia de ese tribunal. En Colombia se presentan salvamentos de voto desde el siglo XIX, pero esta clave de entrada al constitucionalismo no ha sido muy explorada<sup>7</sup>.

En la academia estadounidense se ha analizado ampliamente la ideología de los jueces en la creación del derecho. Este aspecto no siempre fue tan estudiado en las tradiciones jurídicas europeas continentales y latinoamericanas<sup>8</sup>. Históricamente, parte de la ciencia política ha abordado la labor de control constitucional con una concepción instrumental del derecho. Esta perspectiva cuenta con su principal vestigio en la escuela del realismo jurídico, consolidada a principios del siglo XX. En el análisis político hubo un auge por desnudar los discursos ideológicos empleados por los jueces para construir realidades mediante sus decisiones<sup>9</sup>.

Los estudios políticos latinoamericanos sobre el control constitucional han estado emparentados con las narrativas sobre la Corte Suprema estadounidense. Muchos de estos trabajos han estado interesados en la independencia de la actividad judicial con respecto al poder político. Asimismo, han centrado su atención en los efectos de las sentencias en coyunturas determinadas. En ocasiones se descarta la jurisprudencia para la reconstrucción de estas trayectorias<sup>10</sup>. Es claro que

---

tadounidense (Hamilton, Jay & Madison, 2001). También ver la sentencia fundacional del control constitucional norteamericano (Corte Suprema de los Estados Unidos. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137).

<sup>7</sup> En la Corte Suprema de Justicia colombiana ya había salvamentos públicos en la función de control de constitucionalidad de las Leyes. Ver Cajas (2015, p. 79).

<sup>8</sup> En el pasado, algunas tradiciones jurídicas europeas continentales o latinoamericanas esperaban en sus comunidades interpretativas que la labor del juez fuera de “aplicar los mandatos del legislador soberano” o “usar conceptualmente la jurisprudencia”. Lo anterior se enuncia con los matices que estas expectativas pudieran implicar en la práctica (López, 2006, pp. 3-28 y 256-316).

<sup>9</sup> Según algunos exponentes de la escuela del Realismo Jurídico, la decisión judicial es el centro de la práctica del derecho. Las sentencias están seriamente afectadas por las preferencias ideológicas de los jueces. En esta medida, ellos interpretan las normas de acuerdo a sus propias creencias, y así las imponen en los fallos. Sobre los orígenes de esta escuela en el siglo XIX ver: Rojas (2012).

Han existido enfoques actitudinales. Estos se han concentrado en exponer la manera en que los jueces ejercen un rol político y plasman sus preferencias de manera sistemática en sus sentencias. Estos dan poco valor a la argumentación jurídica para reconstruir trayectorias. Ejemplos de estos enfoques están en Segal y Spaeth (1993) y Epstein, Landes y Posner (2011).

Por su parte, enfoques neoinstitucionalistas señalan la importancia de las normas formales, las prácticas informales y la interacción entre los agentes. Así se analiza la construcción de las preferencias y la confección de una sentencia judicial. Todos estos aspectos se consideran relevantes para tejer relatos sobre la justicia constitucional. Ver Alarcón (2018, pp. 151-157).

Todos estos aspectos son ampliamente expuestos en: Cajas (2015, pp. 25-42).

<sup>10</sup> Ejemplos de ello en Rodríguez (2011), Hilbink (2015), Helmke (2004), Ansolabehere (2005), Sánchez, Magaloni y Magar (2011), Chavez, Ferejohn y Weingast (2011), Basabe (2008), Verdugo y Galli (2012). En Colombia

el análisis político es fundamental para reconstruir trayectorias de la justicia constitucional. Sin embargo, la ideología también tiene una estrecha relación de interdependencia con los pronunciamientos emitidos en derecho. No debería perderse de vista que la doctrina también moldea las preferencias de los jueces<sup>11</sup>. Los magistrados de la Corte Constitucional colombiana toman decisiones bajo contextos históricos determinados, en compañía de los otros miembros de la institución.

Un problema jurídico puede implicar debates doctrinales entre los miembros de un cuerpo colegiado. Cada integrante planteará su perspectiva y su argumentación para tomar una decisión ante el dilema. Las posturas implicarán un proceso de diálogo hasta el momento en que el tribunal debe emitir un pronunciamiento. Luego de la deliberación, puede ocurrir que no todos los juzgadores queden satisfechos con la resolución y así lo manifiesten. Estas discusiones pueden ser recreadas a partir de los salvamentos de voto en el fallo. Por más que varios compartan afinidades ideológicas, los distanciamientos también pueden estar en la interpretación de instituciones jurídicas. Se ha reconocido la autonomía relativa e interdependiente del derecho con respecto a las preferencias políticas. El retratar confrontaciones en la jurisprudencia constitucional contribuye a complementar las narrativas acerca de la labor de una corporación judicial. Este tipo de ejercicios puede documentarse en la literatura norteamericana.

Robert E. Riggs (1993) desarrolló una trayectoria de la justicia constitucional norteamericana a partir de un modelo actitudinal. Para él, los jueces de la Corte Suprema mostraron sus tendencias “conservadoras” y “progresistas” en los fallos aprobados por un voto de diferencia. De tal modo, propuso identificar coaliciones entre los jueces a partir de las tendencias cuantitativas presentes en sus votos particulares. Posteriormente, relacionó estas asociaciones históricas con distintos contextos políticos. Riggs concluyó que cuando los jueces mostraron públicamente sus desacuerdos, se generó un mayor contenido político en las sentencias. Así, las decisiones adoptadas por el margen de un voto permitían medir tendencias en el comportamiento de la Corte.

Cass R. Sunstein (2015) mostró que la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense experimentó pocos disensos entre 1800 y 1941<sup>12</sup>. Sin embargo, entre 1941 y los primeros años del siglo XXI hubo momentos de una Corte “dividida” en sus decisiones. Este estudio concluyó que, en ocasiones, los jueces promovieron el consenso a través de actitudes como el minimalismo judicial<sup>13</sup>. En otras oportunidades, ellos optaron por plasmar explícitamente los debates doctrinales e

---

se aplicó un modelo actitudinal para analizar las decisiones de la Procuraduría General de la Nación entre 2009 y 2015 en Becerra (2017). Por su parte, Ríos-Figueroa (2016) realizó un análisis histórico de la independencia judicial frente a la autonomía de las Fuerzas Militares en varios países latinoamericanos. Allí sí se aprecian reconstrucciones de la jurisprudencia constitucional sobre la materia en amplios períodos de tiempo.

<sup>11</sup> Cajas (2015) analizó jurisprudencia de la Corte Suprema colombiana en perspectiva histórica y política.

<sup>12</sup> Él denominó este período como “La era de los Consensos”.

<sup>13</sup> Según su planteamiento, el minimalismo alude a una actitud en que los jueces no resuelven problemas jurídicos

ideológicos que sostuvieron para adoptar una decisión. Estas discusiones se hicieron evidentes a través de los votos disidentes sustentados públicamente<sup>14</sup>.

A diferencia de Riggs, Sunstein consideró que el margen de votos para la aprobación de una sentencia no incide en su contenido político. Un fallo adoptado por unanimidad podría ser igual de polémico que otro aprobado por un voto de diferencia. Sunstein sugirió que el calificar unas decisiones como “políticas” y otras como “jurídicas” depende de la perspectiva de quien las analiza. Así, las dinámicas doctrinales entre los jueces para adoptar consensos y disensos son aún más complejas. No solamente pueden ser analizadas a partir de las preferencias ideológicas plasmadas en las tendencias actitudinales de los juzgadores.

En una perspectiva más histórica, Melvin I. Urofsky (2015) realizó una reconstrucción de los aportes de los salvamentos de voto al debate constitucional. Partió de que los argumentos esgrimidos por los jueces disidentes de la Corte Suprema no son dominantes en determinados contextos. Sin embargo, estos resultan fortalecidos en otras circunstancias: a la hora de cambiar la posición jurídica otrora triunfante. Lo anterior tiende a ocurrir: por la renovación del precedente en el tiempo; por la expedición de nuevas Leyes; o por los cambios sociales, a veces incontenibles para la política y el derecho<sup>15</sup>.

Según Urofsky, los disensos no implican siempre que la decisión mayoritaria haya sido “errónea”. Sin embargo, los desacuerdos muchas veces abren el espacio para que la jurisprudencia constitucional dialogue transparentemente: por un lado, con los órganos de representación democrática en torno al diseño de normas y políticas públicas; por otro, con los movimientos sociales que desarrollan estrategias para lograr cambios en los sistemas legales<sup>16</sup>. A partir de estos diálogos surgen confrontaciones históricas entre las diversas visiones de la constitución.

---

mediante la creación de grandes teorías sobre la justicia: a la larga, las perspectivas axiológicas son las que producen más desacuerdos. Por el contrario, los debates judiciales minimalistas procuran restringirse a los asuntos formales y estrictamente necesarios para resolver cada caso a la vez (Sunstein, 1999).

<sup>14</sup> Sunstein también señaló que estos desacuerdos podrían crear un clima favorable para el desarrollo de nuevas leyes. El disenso “se ofrece como un correctivo con la esperanza de que la Corte en un futuro repare el error de sus formas” (Sunstein, 2015, pp. 802-814).

<sup>15</sup> Urofsky (2013) explica su idea de diálogo constitucional en *Mr. Justices Brandies and the art of Judicial Dissent*. Allí analizó los salvamentos de voto emitidos por Louis Brandies a lo largo de la historia en la Corte Suprema. Brandies fue uno de los jueces asociados a este tribunal a inicios del siglo XX. Para muchos, él forjó una gran doctrina alrededor de las cláusulas de libertad de expresión y derecho a la intimidad en la Constitución americana. La reconstrucción narrativa también señaló aspectos de su biografía y de su dogmática jurídica.

<sup>16</sup> Estos movimientos no siempre están en consonancia con los precedentes judiciales vigentes: a veces también pretenden alterarlos (Urofsky, 2015, pp. 3-36).

Estas perspectivas son tan variadas que difícilmente pueden etiquetarse solo bajo parámetros de “progresistas” vs. “conservadoras”. Para algunos, el constituyente adoptó un texto a mantener intacto: en aras del sostenimiento original del Estado. Para otros, el constituyente estableció normas que fueran altamente maleables a los cambios históricos, sociales y políticos durante el tiempo. Urofsky señaló que, caso a caso, estas posturas resultan dinámicas dentro de los debates. Se encuentran argumentos y conclusiones de todo tipo, tanto en las jurisprudencias mayoritarias como en las opiniones minoritarias.

Mark Tushnet (2008) tomó como punto de partida las opiniones disidentes de los jueces de la Corte Suprema en varios casos emblemáticos. Posteriormente evaluó si la doctrina constitucional mayoritaria fue “acertada” o no dentro del contexto sociopolítico y jurídico posterior al pronunciamiento. Para Tushnet, un juez puede pasar a la historia por la sustentación de sus disensos. Ello estará condicionado por el análisis y la interpretación de sus doctrinas conforme al paso del tiempo. Lo mismo sucede con las posturas mayoritarias de las sentencias en relación con las realidades coyunturales posteriores.

Este tipo de aproximaciones han construido relatos históricos acerca de la justicia constitucional estadounidense. Han observado las visiones de la Constitución expuestas en la jurisprudencia, tanto en las opiniones mayoritarias como en las posturas minoritarias. Por esta vía han captado cambios y continuidades en la argumentación de la Corte Suprema frente a determinados temas. Hay particularidades en el caso colombiano que se han tenido en cuenta para diseñar los elementos de esta propuesta. Por ejemplo, se ha debatido si la Corte Suprema estadounidense prefiere casos con problemas jurídicos “fáciles” para privilegiar el consenso<sup>17</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana tiene la función de resolver demandas abstractas de inconstitucionalidad que cualquier ciudadano puede interponer. Es difícil suponer que esta última institución tenga la posibilidad de utilizar aquella estrategia atribuida a la norteamericana<sup>18</sup>.

La Corte Suprema estadounidense decide siempre bajo un control constitucional difuso y concreto. La Corte Constitucional estudia disposiciones legales en una modalidad concentrada y abstracta, con las acciones públicas de constitucionalidad<sup>19</sup>. Las reflexiones jurídicas abstractas propician márgenes distintos de discrecionalidad, pues generalmente no existen debates fácticos y probatorios. Por el contrario, se analiza una norma general desde los heterogéneos puntos de vista

---

<sup>17</sup> Ver en Epstein, Landes y Posner (2011).

<sup>18</sup> Aunque en la jurisprudencia pueden detectarse otras actitudes que podrían “aparentar” consensos, como el minimalismo judicial (Cajas, 2009). También hay una tendencia a imponer requisitos cada vez más exigentes para la admisión de acciones públicas de inconstitucionalidad (Giraldo, 2019 y Ardila, 2015).

<sup>19</sup> El control difuso y concreto también está presente en Colombia. La Corte también resuelve acciones de tutela interpuestas por los ciudadanos ante actuaciones de las autoridades. Sin embargo, las herramientas aquí propuestas se diseñaron en el marco del estudio judicial de las acciones públicas de inconstitucionalidad.



presentes en una Constitución como la colombiana<sup>20</sup>. Además, la Corte Constitucional es una institución relativamente nueva en relación con la Corte Suprema. El tribunal colombiano no tuvo en sus primeros años un sistema de precedentes de larga tradición que estrechase los márgenes argumentativos.

Todos los jueces de la Corte Suprema estadounidense son nominados por el presidente y son elegidos en forma vitalicia. Así, el análisis en aquel país permite un mayor grado de transparencia respecto de la filiación partidista del jurista nominado<sup>21</sup>. También es posible estudiar sus roles durante muchos más períodos presidenciales con respecto a Colombia, donde la nominación es mixta. Aquí la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado también participan, además del presidente. El período de elección es por ocho años y la selección del Congreso no implica una estricta filiación partidista<sup>22</sup>. Se ha documentado que existen factores más influyentes para la selección, como el *lobby* y el padrinazgo político coyuntural<sup>23</sup>. Esto hace probable que puedan encontrarse posiciones y bloques doctrinales mucho más dinámicos en Colombia que en Estados Unidos.

La literatura jurídica colombiana y la academia local suelen recibir influencia de la estadounidense. Sin embargo, no se ha analizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional a través de los salvamentos de voto. Así las cosas, las herramientas que se propondrán en este trabajo se fundan en las particularidades colombianas. Los votos disidentes representan visiones alternativas de la Constitución que no fueron mayoría en un determinado momento. No obstante, estas visiones ingresaron en el ambiente de ideas: estudiarlas propicia un mayor conocimiento de los debates detrás de las decisiones. Asimismo, reconstruir estas discusiones otorga otro sustento empírico para retroalimentar las narrativas sobre la justicia constitucional. Estas perspectivas subrayan las interdependencias entre los discursos jurídicos, las preferencias ideológicas y los contextos sociopolíticos.

---

<sup>20</sup> La Constitución estadounidense consta de veintisiete enmiendas y fue expedida originalmente en 1789 con 7 artículos originales. La Constitución colombiana consta de 380 artículos; se expidió en 1991 dentro de un proceso de ampliación del espectro político y ha sido reformada 53 veces. Ver estos aspectos en Grau (2011), Lemaitre (2009, pp. 79-157), *El Nuevo Siglo* (2020).

<sup>21</sup> Ver en Blake (2018) y BBC News (2018).

<sup>22</sup> Artículo 239: “La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho. Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos” (Constitución Política de Colombia, 1991).

<sup>23</sup> Ver en Montoya (2013).



### III. RELATOS ACERCA DE LA CONFORMACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA DESPUÉS DE 1991

En esta sección se señalarán algunos relatos tradicionales acerca de la labor de la Corte Constitucional colombiana. En primer lugar, se han reconstruido las transformaciones dogmáticas generadas a partir de la jurisprudencia constitucional. En segundo lugar, se ha reflexionado sobre la independencia judicial, la ideología y los intereses bajo los que son elegidos los magistrados de la Corte. En tercer lugar, se han diseñado líneas jurisprudenciales para instruir la resolución de problemas jurídicos. Por ninguno de estos caminos se ha establecido una cartografía de los disensos doctrinales para complementar las narrativas institucionales.

La Corte Constitucional se ha visto como referente de cambios culturales, a pesar de las crisis sociales de los 90. En principio se ha dicho que tal legitimidad se construyó a partir de la adjudicación judicial. Sobre todo con las distintas actuaciones en sede de la acción de tutela creada con la última Constitución<sup>24</sup>. Se ha considerado a algunos magistrados como “progresistas” o “liberales” en varias reflexiones sobre la jurisprudencia de la Corte. Otros miembros de la corporación se han etiquetado inicialmente bajo posturas “restrictivas de los derechos” o “conservadoras”. Se ha dicho que estos últimos moderaron sus criterios jurídicos con el tiempo, dando paso a las transformaciones lideradas por el tribunal<sup>25</sup>.

Se han librado discusiones frente al rol de la, entonces, inédita jurisprudencia constitucional dentro del ordenamiento jurídico colombiano. También hay posiciones acerca de los cambios que esta supuso, tanto en las prácticas judiciales como en la profesión del abogado. Las discusiones políticas por el sistema de fuentes del derecho implicaron pulsos de la Corte Constitucional con otros estamentos, como el Ejecutivo, el Legislativo, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Si bien esto ha sido estudiado como fenómeno dogmático, también se han abordado las tensiones entre intereses. Especialmente para proponer, realizar y evitar reformas a la administración de justicia<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Antes de la Corte Constitucional, el control constitucional lo hacía la Corte Suprema de Justicia (Cajas, 2015). Sobre las situaciones de violencia institucionalizada y la esperanza constitucional ver Lemaitre (2009) y García (2012). Algunas narrativas sugieren que hubo juristas que simbolizaron un “nuevo derecho” en el surgimiento de la Corte Constitucional. Lo anterior consiste en una aproximación a los principios, los valores y la “justicia material”. También, en una ruptura con la visión orgánica y procedimental (García, 2008). La dogmática, la sociología jurídica y la economía se han especializado en los niveles de intervención en las políticas públicas y en las relaciones privadas. Algunas de las posturas están en Clavijo (2001), Uprinmy (2003), Jaramillo (2016), Uprinmy, (2005), Castaño (2013), Quintero (2016). En una perspectiva comparada, ver la transformación social desde la exigibilidad de los derechos sociales, económicos y culturales en: (Landau, 2015).

<sup>25</sup> Ver: Salazar (1994), Gaviria (2002), Herrán (1998), *El Tiempo* (1992), Lemaitre (2009, pp. 146-149).

<sup>26</sup> Al respecto ver López (2006, pp. 29-70), Rubiano (2009), Botero y Jaramillo (2006), Rojas (2004), *El Tiempo* (2004), revista *Semana* (2004).

Se han estudiado los procesos de nominación y selección de los magistrados de la Corte Constitucional como fenómenos políticos. Se ha dicho que estos están guiados por varios criterios, como: la religión, el espectro ideológico, la procedencia regional, el lugar de educación, el padrinazgo ante los senadores, etc.<sup>27</sup>. Asimismo, se ha analizado la independencia de la Corte en sus relaciones con los Gobiernos. Allí se abordan los sistemas de pesos y contrapesos en la democracia colombiana, con determinadas coyunturas históricas. Se advierte el riesgo de que el Ejecutivo logre capturar ideológicamente una mayor cantidad de magistrados afines a sus intereses. Hablando de control constitucional, influir sobre las preferencias de la institucionalidad consolidaría un inmenso desequilibrio en el andamiaje político<sup>28</sup>.

Por su parte, las líneas jurisprudenciales han sido eficaces para reconstruir la dinámica institucional de la Corte en la comunidad de juristas. En la Constitución de 1991 podía identificarse una novedosa estructura orgánica y axiológica del Estado. En los primeros pronunciamientos del tribunal no había precedentes establecidos para la resolución de problemas jurídicos. Así, las líneas han permitido trazar varios caminos doctrinales en la tramitación de conflictos bajo ciertos patrones fácticos. De esta manera, han relatado la argumentación y la interpretación en torno a los ámbitos de protección de los derechos<sup>29</sup>. Sin embargo, con este método no se ha construido una cartografía de los disensos entre los magistrados de la Corte.

Todos estos análisis han sido fundamentales para comprender las particularidades del constitucionalismo colombiano. Sin embargo, estas no son las únicas claves de entrada para realizar narrativas sobre la justicia constitucional. Las posturas políticas de los magistrados no siempre coinciden con los debates jurídicos en las sentencias. Hemos señalado que la relación entre preferencias ideológicas y doctrina es de complementariedad<sup>30</sup>. He ahí el valor de los salvamentos de voto, para complementar los relatos existentes en torno a estas dinámicas.

---

<sup>27</sup> Ver estos aspectos en )Montoya (2013), Graaf (2012), *El Tiempo* (1992). Se estudió también la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia colombiana en Guevara (2015).

<sup>28</sup> En la literatura se exhiben algunos factores de riesgo para la politización judicial, como: el diseño institucional, las prácticas burocráticas colombianas y las coyunturas históricas. Algunos momentos son guiados por Ejecutivos políticamente frágiles; otros, por Gobiernos de talante autoritario con amplia popularidad. Esta preocupación se advierte en Couso (2004, p. 44), López (2008), Botero-Bernal (2017), Rubiano (2009), Revelo, (2016), Uprimny y Sánchez (2013), Durán (2014).

<sup>29</sup> Con las líneas se relatan muchas trayectorias de la justicia constitucional sobre problemas jurídicos específicos durante un período de tiempo. En ocasiones se entrelazan estas narrativas con algunas coyunturas sociales y políticas. Véase en López (2006, pp. 139-330), Rojas (2015).

<sup>30</sup> Se reconoce que la doctrina puede ser vista como otra elección política. Ver Kennedy (1999).

#### IV. HERRAMIENTAS PARA NARRAR TRAYECTORIAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA A PARTIR DE DISENSOS DOCTRINALES

En este acápite se propondrán herramientas conceptuales para entretejer trayectorias de la justicia constitucional colombiana a partir de disensos. Se tomarán como ejemplo los desacuerdos doctrinales en las sentencias de constitucionalidad aprobadas por un voto de diferencia entre 1992 y 2000. Se resalta que la dogmática de los derechos fundamentales ha sido central en el análisis del activismo judicial en Colombia. Esta faceta ha sido abordada extensamente, en especial en la jurisprudencia de la Corte sobre fallos de tutela<sup>31</sup>. Este trabajo explora un aspecto menos estudiado: el control abstracto de constitucionalidad<sup>32</sup>. Estas sentencias son proferidas por la sala plena de la Corte y propician argumentos jurídicos sobre Leyes del Congreso: allí donde están los electores de los magistrados.

La Corte Constitucional comenzó a debatir sobre el sentido de las nuevas cláusulas constitucionales a partir de 1992. En 1993, el Senado eligió magistrados para ejercer el respectivo período de ocho años. En aquel momento había en el país un sistema libre de jurisprudencia no vinculante<sup>33</sup>. La Corte, en contraste, adoptó progresivamente el precedente judicial como vinculante desde sus primeras épocas. En el 2000, el Tribunal cambió notoriamente su composición, y además existía un contexto social, político y económico distinto<sup>34</sup>. Por ejemplo, en la Sentencia C-1052 de 2001 se establecieron mayores exigencias a los accionantes en los trámites públicos de inconstitucionalidad. Estas tesis doctrinales estuvieron acompañadas por un ambiente de desconfianza hacia el control constitucional, especialmente desde el Ejecutivo. Se argumentaba una indebida intrusión judicial en la distribución de recursos y el reconocimiento de derechos<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Sobre esta temática ver García (2016).

<sup>32</sup> La acción pública de inconstitucionalidad fue creada en 1910, pero esta función de la Corte ha sido menos analizada sistemáticamente. Ver Romero (2016, pp. 19-112).

<sup>33</sup> Sobre la cultura libre de jurisprudencia no vinculante y su transición al sistema de precedentes constitucionales consultar en López (2006, pp. 3-70).

<sup>34</sup> La composición de la Corte Constitucional entre 1992 y 2000 fue relativamente homogénea. En el año 1992 fue nombrada una Corte Constitucional de Transición conformada por siete magistrados, de acuerdo con el artículo 22 transitorio de la Constitución Política: Fabio Morón, Alejandro Martínez, Eduardo Cifuentes, Jaime Sanín, Simón Rodríguez, José Gregorio Hernández y Ciro Angarita. A partir de 1993 fueron nombrados los magistrados Carlos Gaviria, Antonio Barrera, Vladimiro Naranjo, Jorge Arango, Fabio Morón, José Gregorio Hernández, Eduardo Cifuentes, Hernando Herrera y Alejandro Martínez. La inmensa mayoría de los magistrados nombrados en 1993 ejercieron sus funciones hasta el año 2000. Las excepciones fueron: Jorge Arango, reemplazado por Alfredo Beltrán en 1998, y Hernando Herrera, reemplazado por Álvaro Tafur en 1999.

<sup>35</sup> Ver Corte Constitucional (Sentencia C-1052 de 2001), Romero (2016, pp. 42, 113), *El Tiempo* (2002), Rodríguez (2010).

## Identificar los fallos adoptados por un voto de diferencia

La primera herramienta es la identificación de las decisiones adoptadas por solo un voto de diferencia. Estas sentencias unieron al mayor número de magistrados en vertientes antagónicas, dentro del control constitucional al legislador. El margen para que los fallos fueran adoptados en un sentido y no en otro completamente opuesto fue el mínimo posible: un voto<sup>36</sup>. En las mismas providencias quedaron plasmados los debates doctrinales entre las visiones de la Constitución, ante los problemas jurídicos planteados. La relación entre el total de sentencias de constitucionalidad y la cantidad de fallos adoptados por un voto fue la siguiente:

Total de fallos de constitucionalidad adoptados por un voto 1992-2000<sup>37</sup>

Años	Número total de fallos	Adoptados por un voto
1992	52	3
1993	204	5
1994	211	9
1995	227	6
1996	347	3
1997	305	3
1998	240	9
1999	286	4
2000	396	8
Total	2268	50

El cuadro pone en evidencia que entre 1992 y 2000, los fallos adoptados por mayoría simple fueron escasos. La Corte tuvo una tendencia al consenso, por oposición a una trayectoria marcada por disensos explícitos en las sentencias ¿Hay entonces bloques ideológicos estáticos entre los magistrados si las sentencias aprobadas por un voto representan una mínima parte del total? Al parecer, las preferencias políticas disímiles entre los magistrados no se mostraron enfrentadas en

<sup>36</sup> Artículo 54: Todas las decisiones que las Corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección (Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. 7 de marzo de 1996. *Diario Oficial* n°. 42.745, Colombia).

<sup>37</sup> El total de sentencias proferidas se encontró en Corte Constitucional de Colombia (2019). El número de sentencias aprobadas por un voto es una elaboración propia; se obtuvo de la revisión de cada una de las providencias que cumplieran con esta característica.

forma constante. Lo contrario hubiese implicado una relación directamente proporcional entre la cantidad de “fallos divididos” y las matrices ideológicas construidas<sup>38</sup>. Sin embargo, esto último no es lo que indican los datos.

Una vez plasmada esta información, se propone ahondar en las posturas expresadas en cada debate de los “fallos divididos”. Ser conscientes de la autonomía relativa de la doctrina constitucional se hace útil en la reconstrucción institucional sobre la Corte. El discurso jurídico también condiciona las preferencias de la comunidad interpretativa de las sentencias<sup>39</sup>. En estas decisiones colegiadas abundan opiniones intermedias y bloques doctrinales dinámicos. Se retratan los salvamentos de voto para identificar estas posiciones.

### **Identificación de los debates constitucionales “caso por caso”**

Se propone reconocer en cada sentencia cuáles fueron los problemas jurídicos que generaron que la Corte “se dividiera”. Esta mirada “caso a caso” permite detallar cada uno de los temas que generaron desacuerdos entre los magistrados. Por ejemplo, en la Sentencia C-536 de 1995 se estudió la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 17 de la Ley 65 de 1993<sup>40</sup>. Se identificó en la mayoría a los magistrados José Gregorio Hernández, Jorge Arango, Hernando Herrera, Fabio Morón y Vladimiro Naranjo. Ellos privilegiaron una visión constitucional que declaró exequible la disposición demandada, que facultaba a las autoridades de policía para juzgar hechos sancionables con arresto. En la minoría estuvieron Antonio Barrera, Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria y Alejandro Martínez. Ellos salvaron su voto y criticaron la sentencia: replicaron que la disposición debió declararse inexecutable<sup>41</sup>.

Se reconocen las visiones constitucionales en pugna en cada sentencia; estas se registran como retratos de los fallos. Estos retratos también deben observar las disposiciones jurídicas interpretadas por los magistrados en la construcción de sus argumentos. Luego se comparan, caso por caso, las posturas expuestas en cada una de estas sentencias. De esta manera se obtienen insumos para construir una mirada panorámica de la jurisprudencia a partir de estos disensos. Se observa que la composición de bloques doctrinales de magistrados ha sido dinámica respecto de cada uno de los problemas jurídicos. Esto obliga a repensar la idea de que existen bloques estrictos o preferencias ideológicas fijas entre los integrantes de la Corte.

---

<sup>38</sup> Ver algunas en Graaf (2012), revista *Semana* (2009), *El Tiempo* (2000), León y Duque (2017).

<sup>39</sup> Al respecto ver Cajas (2015, pp. 13-54).

<sup>40</sup> Artículo 17. (...) Mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de los mismos (...) (Ley 65 de 1993. Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. 20 de agosto de 1993. *Diario Oficial* n°. 40.999, Colombia).

<sup>41</sup> Ver: Corte Constitucional (Sentencia C-536 de 1995).

## Construcción de ejes temáticos de discusión como estrategia didáctica

Se han identificado los debates jurídicos librados en cada una de las decisiones aprobadas por un voto de diferencia. Ahora es posible construir ejes temáticos de entrada a la jurisprudencia, para continuar con la reconstrucción narrativa propuesta. Esta estrategia didáctica permitirá exponer los fallos de acuerdo con cada uno de sus respectivos debates. Este paso implica la construcción de “centros de gravedad imaginarios”, que atraigan la mayor cantidad posible de problemas jurídicos. Estos se organizan en varias líneas temáticas abordadas por la justicia constitucional durante el período de tiempo estudiado. El objetivo es lograr un panorama respecto a qué asuntos doctrinales particulares han dividido a los jueces.

Se tiene una propuesta de eje temático de discusión denominada “régimen orgánico”. Para construir el eje no se hablaría del “régimen orgánico” como concepto abstracto, definido linealmente por la jurisprudencia. Se trataría de una serie de discusiones en torno a varios problemas jurídicos concretos, tomados caso por caso. Las sentencias conformarían un eje de discusión en la medida en que se relacionen los temas abordados y compartan aspectos comunes. En el caso del “régimen orgánico”, se han identificado dos escenarios doctrinalmente polémicos: el primero, la descentralización administrativa propuesta por la Constitución de 1991; el segundo, los reequilibrios en las funciones de los poderes públicos.

Las sentencias C-520 de 1994, C-423 de 1995 y C-054 de 1998 plantearon debates sobre la autonomía administrativa de los entes territoriales con respecto al gobierno central. Las sentencias C-145 de 1994, C-543 de 1998 y C-702 de 1999 contuvieron pugnas sobre los procedimientos constitucionales impuestos al Congreso para emitir las Leyes. Las sentencias C-135 de 1996 y C-362 de 1996 tuvieron discusiones alrededor de los límites directos al Ejecutivo para utilizar facultades extraordinarias o excepcionales. Las sentencias C-179 de 1994, C-252 de 1994, C-702 de 1999 y C-384 de 2000 tuvieron disputas acerca de los límites al Legislativo para evadir sus responsabilidades, mediante otorgarle competencias adicionales al Ejecutivo. Finalmente, la C-1404 de 2000 tuvo una discusión sobre los márgenes judiciales para dirimir objeciones presidenciales<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> En la Sentencia C-702 de 1999 hubo varias disposiciones demandadas, con problemas jurídicos independientes: dos de ellos produjeron decisiones aprobadas por un voto. Sobre autonomía de los entes territoriales ver Corte Constitucional (Sentencias C-520 de 1994, C-423 de 1995 y C-054 de 1998). Sobre reequilibrio de poderes ver Corte Constitucional (Sentencias C-145 de 1994, C-543 de 1998, C-702 de 1999, C-135 de 1996, C-362 de 1996, C-179 de 1994, C-252 de 1994, C-702 de 1999, C-384 de 2000 y C-1404 de 2000).

## Desarrollo de los ejes temáticos de discusión

Se ha delineado una guía narrativa a través de la construcción didáctica de los llamados “ejes temáticos de discusión”. Ahora se propone que estos ejes pueden exponerse teniendo en cuenta lo siguiente: (i) las posiciones dogmáticas esgrimidas por los magistrados en cada una de las sentencias; (ii) las matrices políticas ideológicas en las que suelen alinearlos; (iii) las “etiquetas” de “formalistas o “activistas” en las que usualmente clasifican a los magistrados; (iv) las posiciones doctrinales expuestas por los mismos magistrados en otros debates jurídicos similares, dentro del mismo eje temático; (v) las tendencias constitucionales adoptadas por los mismos jueces en otros de los ejes temáticos propuestos.

Otro ejemplo de eje temático que podría construirse es el de “libertad”. Para ilustrar, se toman aquellos fallos con debates sobre disposiciones legislativas que establecían sanciones para determinadas conductas<sup>43</sup>. Una de estas sentencias fue la C-213 de 1994: allí se estudiaron varias disposiciones de la Ley 40 de 1993, conocida como “Estatuto Nacional contra el Secuestro”. Otra sentencia fue la C-221 de 1994, reconocida por establecer condiciones para la despenalización del consumo de drogas<sup>44</sup>. Las otras dos decisiones analizadas dentro de este escenario de discusión serían las sentencias C-586 de 1995 y la C-199 de 1998. Estas no fueron centro del debate mediático como las anteriores<sup>45</sup>.

Los aspectos propuestos para el desarrollo del eje temático deben ser contrastados utilizando las sentencias identificadas. Así vamos obteniendo una narrativa que trasciende a las etiquetas de “formalista” o “activista”, asignadas usualmente para clasificar a los magistrados. Mediante una reconstrucción de disensos doctrinales podemos revisar las posturas expuestas caso por caso. En ocasiones se pueden situar algunos datos del ambiente político alrededor del fallo, para relacionarlo con el debate doctrinal. Sin embargo, no siempre las sentencias con amplios despliegues mediáticos coinciden con las discusiones que “dividen” a la Corte. A veces las coyunturas no ofrecen pistas para comprender las disputas doctrinales; por el contrario, estas tensiones pueden ilustrar elementos del contexto histórico<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Aquí solo se ejemplifica con uno de los tres escenarios que podrían ser abarcados en el eje temático de “libertad”. De acuerdo con las demás sentencias estudiadas, los otros dos ámbitos de este eje podrían ser: (i) la concesión de diversas facultades a los particulares para la regulación de sus propias relaciones sociales y (ii) las limitaciones legales al derecho a la propiedad privada, en el marco de la Carta Política de 1991.

<sup>44</sup> Ver Corte Constitucional (Sentencias C-213 de 1994 y C-221 de 1994), *El Tiempo* (1993), Hernández (2016), Vergara (2004), Serrano (2018), Parra (2014), Ucrós (2018), Charry (2018), Cárdenas (2013).

<sup>45</sup> Ver Corte Constitucional (Sentencias C-199 de 1998 y C-586 de 1995).

<sup>46</sup> Al respecto ver Cajas (2015, p. 50).



Como ejemplo proponemos una revisión somera de las discusiones abordadas en las sentencias C-199 de 1998 y C-585 de 1995. Estas fueron poco mediáticas, pero permiten observar algunas supuestas medidas de seguridad que pretendía adoptar el poder político. La primera decisión retrata la atribución de poderes a la policía para detener a civiles sin orden judicial. La segunda estudió la prohibición a los particulares del envío de “mensajes indescifrables” para los organismos de inteligencia. En aquel momento, el Legislativo y el Gobierno presumían que el uso de ciertos dispositivos de telecomunicaciones propiciaba márgenes para planear acciones delictivas. Observamos que ambas decisiones estuvieron enmarcadas en la situación de orden público del país durante la década de los 90.

## Cartografía constitucional

Al desarrollar cada uno de los ejes temáticos se obtiene una cartografía doctrinal, transversal a varios problemas jurídicos tramitados por la Corte Constitucional. Esta cartografía se logra a partir de los salvamentos de voto a las sentencias proferidas durante los primeros años. Otro eje temático podría construirse en relación con la cláusula constitucional de igualdad, una de las más desarrolladas dogmáticamente. Los fallos aprobados por un solo voto podrían abordarse de acuerdo con cada inciso del artículo 13 superior<sup>47</sup>.

En primer lugar, se señalan las pugnas frente a la aplicación de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación. De acuerdo con las herramientas propuestas, aquí se relatarían las sentencias C-345 de 1993, C-350 de 1997, C-024 de 1998, C-768 de 1998 y C-840 del 2000. En segundo lugar, se aborda la obligación de propiciar una igualdad real y efectiva. Allí está la Sentencia C-371 del 2000, que estudió la constitucionalidad de las medidas afirmativas de la Ley 581 del 2000. En tercer lugar, se expone la dimensión de la solidaridad y el desarrollo de un orden social y económico igualitario. El grupo de sentencias mediante el que pueden reconstruirse estas disputas doctrinales sería: C-479 de 1992, 016 de 1998, C-661 de 1998, C-989 de 1999, C-955 de 2000, C-1187 de 2000<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (Constitución Política de Colombia, 1991).

<sup>48</sup> Ver Corte Constitucional (Sentencias C-345 de 1993, C-350 de 1997, C-024 de 1998, C-768 de 1998, C-840 del 2000, C-371 del 2000, C-479 de 1999, C-016 de 1998, C-661 de 1998, C-989 de 1999, C-955 de 2000 y C-1187 de 2000).

Desarrollado el eje temático, tendríamos una narrativa sobre las visiones constitucionales enfrentadas en varios problemas jurídicos relacionados con la igualdad. Se observarían en forma integral: la prohibición de discriminación, la evaluación de medidas afirmativas y la interpretación de la solidaridad en la distribución de recursos. Este es el tipo de relato que se esperaría alrededor de todos los “centros gravitacionales”, contruidos sentencia por sentencia. El resultado global sería una trayectoria multidimensional de los disensos entre los magistrados de la Corte durante un período de tiempo.

### **Caminos para la construcción de otras trayectorias**

Al considerar los disensos como clave de entrada para realizar líneas jurisprudenciales, se abre un camino para reconstruir otras trayectorias. Puede indagarse en los detalles de algunos de los problemas jurídicos presentes en las sentencias aprobadas por un voto. Especialmente, cuando ya se tiene un panorama de los caminos antagónicos presentes en la jurisprudencia dentro de un período. Como ejemplo, otro de los ejes de discusión podría ser el de “control constitucional a tratados internacionales”, con énfasis en los perfeccionados antes de 1991.

Hay dos sentencias aprobadas por solo un voto que tuvieron este debate doctrinal: la C-276 de 1993 y la C-567 de 1993. En ambas decisiones, las mayorías en la Corte Constitucional desestimaron el control de los tratados internacionales suscritos antes de 1991. Sin embargo, se impuso lo contrario en las sentencias C-027 de 1993 y C-400 de 1998. En aquellos fallos se consideró que la Corte sí debía ejercer la revisión sobre estos tratados internacionales ¿Cómo se resolvió esta disputa doctrinal? Allí habría un escenario para construir nuevos relatos<sup>49</sup>.

La reconstrucción de debates dogmáticos también aporta a realizar una perspectiva histórica acerca del desarrollo de la justicia constitucional colombiana. El relato no sería construido a partir del precedente judicial ni de la concreción de la igualdad en la administración de justicia; tampoco de la pretensión de coherencia del ordenamiento jurídico ni del desarrollo lineal del *stare decisis*. La narrativa se desarrollaría a partir de los desacuerdos dogmáticos que ocurren caso por caso. Estos permiten advertir la autonomía relativa del derecho con respecto a las preferencias ideológicas y a los intereses electorales. Con este enfoque puede ampliarse la comprensión de distintos períodos históricos y políticos en la Corte.

Otro eje de discusión que será mencionado para ejemplificar esta exposición es el de “participación política”. Una de las sentencias que abordó esta temática fue la C-089 de 1994. Allí algunos magistrados “conservadores” argumentaron minoritariamente a favor de que menores de edad

---

<sup>49</sup> Ver Corte Constitucional (Sentencias C-276 de 1993, C-567 de 1993, C-027 de 1993 y C-400 de 1998).

podiera constituir agrupaciones políticas<sup>50</sup>. Una lectura sistemática de estos disensos es útil, en la medida en que el discurso jurídico pretende legitimar la actividad judicial. La historia política y el análisis crítico podrían incorporar estos debates en sus narrativas, para mostrar contraposiciones entre visiones constitucionales.

## V. CONCLUSIONES

Los salvamentos de voto también son puntos de referencia para analizar los fallos judiciales y sus implicaciones para el diálogo constitucional. Las dinámicas doctrinales no son explicables únicamente a partir de los intereses de la estructura económica del país; el *lobby* por el que fueron elegidos los magistrados de la Corte o las convicciones morales de los jueces considerados individualmente. Los primeros años de la Corte tienen una clara importancia en la cultura jurídica y en el constitucionalismo colombiano: desde entonces es considerada como progresista y fundacional. Por estos aspectos es importante conocer aún más acerca de este período. No únicamente acerca de los precedentes que establecieron, sino también acerca de los temas que dividieron a los magistrados durante este tiempo. Ellos no siempre se alinearon de maneras consistentes con los perfiles políticos e ideológicos presentes en los relatos tradicionales.

Aun cuando hay decisiones adoptadas por un voto de diferencia, no es posible hablar de bloques estáticos respecto a los asuntos abordados. Por el contrario, estos bloques son dinámicos: el control abstracto de constitucionalidad es ejercido caso a caso, en cada uno de los problemas jurídicos planteados. Se advierte que las decisiones colegiadas en las Cortes también son producto de interacciones doctrinales entre sus miembros. Este fenómeno puede explicar que, en no pocas ocasiones, existan “incoherencias” o “varias voces” en un mismo fallo. La dogmática constitucional también es un escenario de diálogo, y eso se ve manifestado en la jurisprudencia. Ello se observa en las posiciones mayoritarias, que en ocasiones contienen contradicciones argumentativas. Las opiniones minoritarias ofrecen visiones constitucionales críticas respecto de las plasmadas en las sentencias.

Estas estrategias también pretenden aproximarse a complementar las respuestas existentes a interrogantes como: ¿puede hablarse de una Corte “progresista” o “conservadora” en Colombia?, ¿hay líneas de pensamiento doctrinal claramente trazables entre los magistrados?, ¿cuáles son las cuestiones que ponen en francos desacuerdos a los magistrados? Estas preguntas son centrales en la dogmática jurídica. La opinión judicial disidente es, quizá, uno de los temas más periféricos y

---

<sup>50</sup> Se analizó el proyecto legislativo para expedir el “Estatuto de los partidos y movimientos políticos”. José G. Hernández y Jorge Arango salvaron su voto contra el requisito de ciudadanía. Corte Constitucional (Sentencia C-089 de 1994).

opacos en el análisis de decisiones judiciales. Sin embargo, los salvamentos de voto son la clave de entrada y el tema que se pone a la luz en esta propuesta.

## REFERENCIAS

### Libros y capítulos de libros

- Alarcón, A. (2018). Análisis Económico del Derecho: Principales Antecedentes Metodológicos. En Ó. A. Agudelo Giraldo (Ed.), *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación* (pp. 139-160). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Bonilla, D. (2013). Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. In C. U. Press & D. Bonilla Maldonado (Ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia* (pp. 1-41). New York: Cambridge University Press.
- Cajas, M. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886 - 1991*. Tomo I: *De la Regeneración al régimen militar: 1886 - 1958*. Bogotá D.C. - Cali: Ediciones Uniandes - Universidad Icesi.
- Cepeda, M. J. (2007). *Polémicas Constitucionales*. Bogotá, D.C.: Legis.
- Cepeda, M. J. & Landau, D. (2017). *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*. New York: Oxford University Press.
- Chavez, R. B., Ferejohn, J. A. & Weingast, B. R. (2011). A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina. In G. Helmke & J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 219-248). New York: Cambridge University Press.
- García J., L. (2016). *Activismo Judicial y Dogmática de los Márgenes de Acción: Una Discusión en clave Neoconstitucional*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Gaviria D., C. (2002). *Sentencias Herejías Constitucionales*. Bogotá, D.C.: Fondo de Cultura Económica - Filial Colombia.
- Grau, L. (2011). *El constitucionalismo americano: materiales para un curso de historia de las constituciones*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Hamilton, A., Jay, J. & Madison, J. (2001). *The Federalist. "The Gideon edition"*. (G. W. Carey & J. McClellan, Eds.), Indianapolis: Liberty Found.
- Helmke, G. (2004). A theory of court-executive relations: insecure tenure, incomplete information, and strategic behavior. In G. Helmke, *Courts under Constraints. Judges, Generals and Presidents in Argentina* (pp. 41-56). Cambridge: Cambridge University Press.
- Herrán, M. T. (1998). *Ciro Angarita, retador*. Bogotá, D.C.: Unicef - Colombia.
- Hilbink, L. (2015). *Jueces y política en democracia y dictadura: Lecciones desde Chile*. (F. Millan Zapata, trad.) México: Flacso.

- Jaramillo, J. F. (2016). La Constitución de 1991 en Colombia: La Revolución de los derechos. En J. F. Jaramillo, M. G. Villegas, A. A. Villabona, R. U. Yepes y D. I. Gómez (Eds.), *Constitucion Democracia y Derechos. Textos escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez* (pp. 28-86). Bogotá, D.C.: De Justicia.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.
- Landau, D. (2015). La Realidad de la Aplicación de los Derechos Sociales. En D. Landau, *Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en el Derecho Comparado* (pp. 366 - 434). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- López M., D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá, D.C.: Legis.
- López M., D. E. (2016). *¿Cómo se construyen los derechos?: narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá, D.C.: Legis.
- Rafaelli, R. (2012). *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States*. Bruselas: Policy Department C: Citizens's Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union.
- Revelo, J. E. (2016). Captura y Resistencia Rama Judicial. En V. autores, M. García Villegas y M. A. Ceballos Bedoya (Eds.), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia* (pp. 309-327). Bogotá, D.C.: Dejusticia.
- Rios-Figueroa, J. (2016). *Constitutional Courts as Mediators*. New York: Cambridge University Press.
- Rodríguez R., J. C. (2010). La estrategia de repliegue de la Corte Constitucional de Colombia 1992-2006. En G. Helmke y J. Ríos Figueroa (Eds.), *Tribunales Constitucionales en América Latina* (pp. 137-179). México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Rojas M., A. (2012). La fuerza de los Pragmatistas Clásicos en algunas propuestas iusteóricas del Siglo XX en Estados Unidos. Una breve introducción de los primeros rendimientos. En A. M. Rojas Marroquín, *Pragmatismo, Neopragmatismo y sus Rendimientos en Teoría Jurídica*. (Disertación doctoral). Universidad de los Andes, Bogotá, D.C.
- Romero, J. (2016). *Las Acciones Públicas de Inconstitucionalidad en Colombia*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Rubiano, S. (2009). La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En M. García Villegas y J. E. Revelo Rebolledo (Eds.), *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 84-146). Bogotá, D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

- Sánchez, A., Magaloni, B. & Magar, E. (2011). Legalist versus Interpretativist. En J. Ríos-Figueroa & G. Helmke (Eds.), *Courts in Latin América* (pp. 187-219). New York: Cambridge University Press.
- Segal, J. A. & Spaeth, H. J. (1993). Models of Decision Making: The Attitudinal and Rational Choice Models . In J. A. Segal & H. J. Spaeth, *The Supreme Court and The Attitudinal Model* (pp. 86-110). New York: Cambridge University Press.
- Sunstein, C. R. (1999). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tushnet, M. (2008). *I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press.
- Uprimy, R. (2003). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. En G. B. Silva (Ed.), *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (pp. 319-355). Bogotá, D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ISLA.
- Uprimy, R. (2005). Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En B. de Sousa Santos (coord.), *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa* (pp. 255-288). Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Urofsky, M. I. (2015). *Dissent and the Supreme Court*. New York: Pantheon Books.
- Vedugo, S. y Galli, N. (2012). El Precedente en el Tribunal Constitucional: ¿Doctrina Judicial o Compromiso con votos particulares? En H. Tórtora (Ed.), *Las Fuentes Formales del Derecho Público* (pp. 397-427). Santiago: Editorial Metropolitana.
- Wittig, C. E. (2016). *The Occurrence of Separate Opinions at the Federal Constitutional Court. An Analysis with a Novel Database*. Berlin: Logos Verlag Berlin GmbH.

### Artículos en revistas

- Ansolabehere, K. (abril de 2005). Jueces, Política y Derecho: Particularidades y Alcances de la Politización de la Justicia. *Isonomía*, 22, 39-63.
- Basabe, S. (agosto de 2008). Las preferencias ideológicas y políticas judiciales: un modelo actitudinal sobre el voto en el Tribunal Constitucional de Ecuador. *América Latina Hoy*, 49, 157-177.
- Botero, C. & Jaramillo, J. (3 de octubre de 2006). Una visión panorámica: El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias. *Documentos de Discusión Número 3. Tutela contra sentencias: documentos para el debate*, 25-62.
- Botero-Bernal, A. (2017). Balance de los 25 años de la Constitución Colombiana de 1991: La Constitución de Dioses y la de Hombres. *Vniversitas*, 66 (134), 59-92.
- Cajas, M. (2009). Minimalista Judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? *Cuestiones Constitucionales*, 277-303.

- Cajas, M. (2015). La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1990 - 1991. *Precedente. Revista Jurídica*, 7, 109 - 152.
- Cárdenas, F. (2013). Representaciones sobre la dosis mínima en los relatos periodísticos del género opinión del diario El Tiempo, en el mes de mayo de 1994. *Virajes. Universidad de Caldas*, 15(2), 179-221.
- Cascajo, J. L. (1986). La Figura del Voto Particular en la Jurisdicción Constitucional Española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, 171-185.
- Castaño, J. A. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Derecho del Estado*, 31, 119-160.
- Clavijo, S. (Junio de 2001). Fallos y fallas económicas de las Altas Cortes: El Caso de Colombia 1991-2000. *Revista de Derecho Público*, 12, 27-66.
- Couso, J. (2004). Consolidación Democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, XXIV (2), 29-48.
- Durán, H. (2014). ¿Una Corte de bolsillo? Reelección presidencial e independencia judicial: un contraste entre las consecuencias institucionales de la reelección presidencial en Colombia y la percepción de la opinión pública tras la elección de la tercera Corte Constitucional. *Revista de Derecho Público*, 32, 1-34.
- Epstein, L., Landes, W. M. & Posner, R. A. (2011). Why (and when) judges dissent: a theoretical and empirical analysis. *Journal of Legal Analysis*, 3(1), 101-137.
- Fernández, F. (2009). La Recepción del Sondervotum en Alemania. *Revista de las Cortes Generales*, 77, 7-62.
- García J., L. (2008). El "Nuevo Derecho" en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, 29, 289-330.
- García V., M. (2012). Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia, y Cambio Social en América Latina. *Análisis Político*, 75, 89-110.
- Gaviria G., M. V. (2013). El derecho occidental del siglo XXI y el concepto de familia jurídica. *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, 39, 30-57.
- Guevara, Y. (2015). Perfil socio-profesional de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el período comprendido entre 1991 y 2013. *Precedente Revista Jurídica*, 7, 153-197.
- Jiménez, R. A. (2006). Los Salvamentos de Voto como Fuentes de la Renovación de la Jurisprudencia. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, IX, 335-356.
- Kelemen, K. (2013). Dissenting Opinions in Constitutional Courts. *German Law Journal*, 9 (18), 1345-1372.
- Laffranque, J. (2003). Dissenting Opinion and Judicial Independence. *Jurídica Internacional*, 8, 162-172.
- Landau, D. (2014). A Dynamic Theory of Judicial Role. *Boston College Law Review*, 55 (5), 1501-1562.



- Landau, D. & López, J. D. (2009). Political Institutions and Judicial Role: An Approach in context, the Case of the Colombian Constitutional Court. *Vniversitas*, 119, 55-92.
- L'Heureux-Dube, C. (2000). The Dissenting Opinion: Voice of the Future? *Osgoode Hall Law Journal*, 38 (3), 495-517.
- López D., G. A. (2008). La Alta Magistratura en Colombia: Entre la Politización y la estabilidad institucional. *Revista Jurídica Piélagus*, 7, 17-24.
- Montoya, A. M. (2013). "Si no vas al Senado no te eligen Magistrado". Instituciones informales y criterios de selección de magistrados de la Corte Constitucional. *Colombia Internacional* 79, septiembre a noviembre del 2013, 155-190.
- Quintero, D. (2016). El papel del Derecho en el desarrollo económico colombiano. *Precedente: 15 años de una nueva forma de ver el Derecho*, 10, 271-302.
- Riggs, R. E. (1993). When Every Vote Counts: 5-4 Decisions in the United States Supreme Court, 1900-90. *Hofstra Law Review*, 21 (3), 667-724.
- Rodríguez G., C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89, 1669-1698.
- Rojas M., A. (2015). Teorización sobre el uso de precedentes jurisprudenciales en Colombia. *Precedente. Revista Jurídica*, 7, 43-109.
- Sunstein, C. R. (2015). Unanimity and Disagreement on the Supreme Court. *Cornell Law Review*, 100, 769-823.
- Uprimny, R. y Sánchez, L. M. (2013). Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después. *Cahiers des Amériques latines*, 71, 33-53.
- Urofsky, M. I. (2013). Mr. Justices Brandeis and the Art of Judicial Dissent. *Pepperdine Law Review*, 39, 919-938.
- Verdugo, S. (2011). Aportes del Modelo de Disidencias Judiciales Al Sistema Político. Pluralismo Judicial y Debate Democrático. *Revista de Derecho. Universidad Católica de Chila*, 18, 217-272.

## Jurisprudencia

### *Corte constitucional*

- CC. Sentencia C-027 de 1993 (M.P. Simón Rodríguez; 5 de febrero de 1993).
- CC. Sentencia C-276 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; 22 de julio de 1993).
- CC. Sentencia C-345 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; 26 de agosto de 1993).
- CC. Sentencia C-567 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 9 de diciembre de 1993).
- CC. Sentencia C-089 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes; 3 de marzo de 1994).

- CC. Sentencia C-145 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; 23 de marzo de 1994).
- CC. Sentencia C-179 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 13 de abril de 1994).
- CC. Sentencia C-213 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía; 28 de abril de 1994).
- CC. Sentencia C-221 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 5 de mayo de 1994).
- CC. Sentencia C-252 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell; 26 de mayo de 1994).
- CC. Sentencia C-520 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara; 21 de noviembre de 1994).
- CC. Sentencia C-423 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz; 21 de septiembre de 1995).
- CC. Sentencia C-536 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo; 23 de noviembre de 1995).
- CC. Sentencia C-586 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo; 7 de diciembre de 1995).
- CC. Sentencia C-135 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero; 9 de abril de 1996).
- CC. Sentencia C-362 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 14 de agosto de 1996).
- CC. Sentencia C-350 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz; 29 de julio de 1997).
- CC. Sentencia C-016 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz; 4 de febrero de 1998).
- CC. Sentencia C-024 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara; 11 de febrero de 1998).
- CC. Sentencia C-054 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz; 4 de marzo de 1998).
- CC. Sentencia C-199 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara; 13 de mayo de 1998).
- CC. Sentencia C-400 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; 10 de agosto de 1998).
- CC. Sentencia C-543 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 1 de octubre de 1998).
- CC. Sentencia C-661 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell; 12 de noviembre de 1998).
- CC. Sentencia C-768 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 10 de diciembre de 1998).
- CC. Sentencia C-479 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero; 13 de agosto de 1992).
- CC. Sentencia C-702 de 1999 (M.P. Fabio Morón Díaz; 20 de septiembre de 1999).
- CC. Sentencia C-989 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; 9 de diciembre de 1999).
- CC. Sentencia C-1187 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz; 13 de septiembre de 2000).
- CC. Sentencia C-1404 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis; 19 de octubre de 2000).
- CC. Sentencia C-371 del 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 29 de marzo del 2000).

CC. Sentencia C-384 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 6 de julio de 2000).

CC. Sentencia C-840 del 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 6 de julio del 2000).

CC. Sentencia C-955 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández; 26 de julio de 2000).

CC. Sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel Cepeda; 4 de octubre de 2001).

#### *Corte Suprema de los Estados Unidos*

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

#### **Prensa**

Acevedo, J. M. (17 de noviembre de 2012). *¿Quién frena a los magistrados?* Recuperado de: <https://www.semana.com/opinion/articulo/quien-frena-magistrados/268060-3>

Acevedo, J. M. (22 de octubre de 2018). *La Corte nunca se equivoca*. Recuperado de: <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-corte-nunca-se-equivoca-por-jose-manuel-acevedo/584072>

BBC News (17 de septiembre de 2018). *Trump Supreme Court pick: Why is the US top court so important?* Recuperado de: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-38707720>

Blake, A. (5 de julio de 2018). *Trump's Supreme Court shortlist — and the biggest pros and cons for each pick*. Recuperado de: [https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2018/07/05/the-best-argument-for-and-against-each-trump-supreme-court-candidate/?noredirect=on&utm\\_term=.05ad67312feb](https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2018/07/05/the-best-argument-for-and-against-each-trump-supreme-court-candidate/?noredirect=on&utm_term=.05ad67312feb)

Caballero, C. (14 de julio de 1999). *Corte y Caballos*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-920749>

Charry, J. M. (4 de septiembre de 2018). *Dosis Personal*. Recuperado de: <https://www.semana.com/opinion/articulo/el-debate-de-la-dosis-personal-columna-de-juan-manuel-charry/581917>

El Nuevo Siglo (9 de enero de 2020). *5 reformas constitucionales se promulgaron en 2019*. Recuperado de: <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/01-2020-cinco-reformas-constitucionales-se-promulgaron-en-2019>

El Tiempo (27 de noviembre de 1992). *Corte Constitucional: Modelo para armar*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-248211>

El Tiempo (2 de diciembre de 1992). *Seis Liberales para la Corte Constitucional*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-251424>

El Tiempo (1 de diciembre de 1993). *Por qué se cayó la Ley Antisecuestro*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-269635>

El Tiempo (14 de julio de 1999). *Le dan palo al Cogobierno de la C. Constitucional*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-919742>

- El Tiempo (15 de diciembre de 2000). *Corte Constitucional de Avanzada*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1217594>
- El Tiempo (9 de julio de 2002). *Londoño le dispara a la Corte*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1324163>
- El Tiempo (1 de septiembre de 2004). *Puja de las Cortes en el Congreso*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1535347>
- Giraldo, J. (19 de enero de 2019). *¿La demanda de inconstitucionalidad sigue siendo una acción pública?* Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/la-demanda-de-inconstitucionalidad-sigue-siendo>
- Graaf, D. (18 de agosto de 2012). *¿Se volverá conservadora la Corte Constitucional? La Silla Vacía*: <http://lasillavacia.com/historia/se-volvera-conservadora-la-corte-constitucional-35546>.
- Leon, J. y Duque, T. (31 de agosto de 2017). *La Corte Impredecible*. Recuperado de: <https://lasillavacia.com/la-corte-impredecible-62344>
- Parra, J. A. (13 de mayo de 2014). *20 años de la despenalización de la dosis personal*. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/column/20-anos-de-la-despenalizacion-de-la-dosis-personal/>
- Pinto, S. (26 de septiembre de 2000). *Politización acaba la Justicia*. Obtenid Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1212385>
- Revista Semana (5 de julio de 1999). *La Dictadura de la Corte*. Recuperado de: <https://www.semana.com/economia/articulo/la-dictadura-de-la-corte/39825-3>
- Revista Semana (3 de julio de 2004). *La Corte Constitucional está generando un inmenso desorden jurídico*. Recuperado de: <https://www.semana.com/on-line/articulo/la-corte-constitucional-esta-generando-inmenso-desorden-juridico/63979-3>
- Revista Semana (28 de marzo de 2009). *Corte, ¿liberal o conservadora?* Recuperado de: <https://www.semana.com/enfoque/articulo/corte-liberal-conservadora/101553-3>
- Rojas P., R. (8 de marzo de 2004). *Choque de Trenes*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1539637>
- Salazar, S. (21 de agosto de 1994). *La Corte Constitucional es Política y Liberal*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-198659>
- Serrano, S. (3 de abril de 2018). *Así era Colombia cuando la dosis personal estuvo prohibida*. Recuperado de: <https://pacifista.tv/notas/asi-era-colombia-cuando-la-dosis-personal-estuvo-prohibida/>
- Ucrós, V. (14 de septiembre de 2018). *Dosis mínima: el fallo de Carlos Gaviria versus el decreto de Iván Duque*. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/sentencia-de-carlos-gaviria-sobre-dosis-minima-versus-decreto-de-ivan-duque/582904>

Vergara, F. (12 de septiembre de 2004). *¿Pagar rescate?* Recuperado de: <https://www.semana.com/opinion/articulo/pagar-rescate/68058-3>

## Otras fuentes

### Portales

Corte Constitucional de Colombia (17 de abril de 2019). *Estadísticas 1992-2019*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>

Hernández, J. G. (30 de marzo de 2016). *Certidumbres e Inquietudes: No es delito pagar un rescate*. Recuperado de: <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/opinion/item/3966-certidumbres-e-inquietudes-no-es-delito-pagar-un-rescate-por-jose-gregorio-hernandez-galindo>

### Normatividad

Constitución Política de Colombia (7 de julio de 1991).

Ley 65 de 1993. Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. 20 de agosto de 1993. *Diario Oficial* n°. 40.999 (Colombia).

Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. 7 de marzo de 1996. *Diario Oficial* n°. 42.745 (Colombia).

### Tesis de grado

Ardila, L. (13 de octubre de 2015). *La desnaturalización en Colombia de la acción pública de inconstitucionalidad por la multiciplidad y disparidad de criterios desarrollados por la corte constitucional frente a sus requisitos de aptitud*. (Trabajo de grado). Universidad Militar Nueva Granada, Recuperado el 20 Bogotá, D.C. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15724/AdilaPardoLadyConstanza.2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Becerra, L. (8 de agosto de 2017). *¿Politización de la justicia en Colombia? Un análisis de la Procuraduría General de la Nación 2004-2015*. (Tesis de maestría). Universidad del Rosario, Bogotá D.C. Recuperado de: <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/13746>

Rodríguez R., J. C. (11 de julio de 2011). *Strategic Prudence in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006*. (Doctor of Philosophy Dissertation). University of Pittsburg. Retrieved from: [http://d-scholarship.pitt.edu/8953/1/Rodriguez-Raga\\_Juan\\_Carlos\\_Dissertation\\_07\\_2011.pdf](http://d-scholarship.pitt.edu/8953/1/Rodriguez-Raga_Juan_Carlos_Dissertation_07_2011.pdf)

# **La prueba de oficio en la construcción de la verdad procesal\***

*The Ex Officio Test in the Construction  
of the Procedural Truth*

**JUAN CAMILO HERRERA DÍAZ**

Economista de la Universidad Nacional de Colombia, abogado y magíster en Filosofía de la Universidad de Antioquia. Docente e integrante del grupo de investigación Estado de Derecho y Justicias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Dirección postal: Calle 67 n°. 53-108, of. 14-423; tel. 2198873. Medellín, Colombia.  
[juan.herrera@udea.edu.co](mailto:juan.herrera@udea.edu.co)

**JULIANA PÉREZ RESTREPO**

Socióloga, abogada, especialista en Derecho Procesal y magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Docente e integrante del grupo de investigación Estado de Derecho y Justicias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma universidad. Dirección postal: Calle 49 n°. 42A-39, of. 118; tel. 2199962. Medellín, Colombia.  
[juliana.perezr@udea.edu.co](mailto:juliana.perezr@udea.edu.co)

\*Artículo de reflexión producto del proyecto de investigación “Las subreglas jurisprudenciales en las providencias de la Corte Constitucional en torno al defecto fáctico”, presentado ante el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, con acta de inicio n°. 2016-12488, financiado por la mencionada facultad. Terminación de la investigación: 26 de mayo de 2020.

## Resumen

Este escrito aborda la prueba de oficio como herramienta para alcanzar la verdad en el proceso judicial salvaguardándose la justicia material, y como un deber legal y constitucional del juez, que como director del proceso y mediante la sana crítica debe establecer en qué casos es necesario el decreto de esta prueba para remediar dudas determinantes para la decisión, dudas no resueltas por las partes a pesar de un trabajo diligente para armar los medios de prueba que respaldan sus afirmaciones o negaciones. El objetivo en este escrito es reflexionar acerca de la prueba de oficio como figura jurídica a través de la cual se logra en el caso concreto la protección de derechos. Primero, se describe brevemente a partir de la doctrina el concepto “verdad procesal o judicial”; segundo, se realiza una aproximación doctrinal y jurisprudencial sobre el papel de la prueba de oficio en el proceso judicial; y por último, se describen casos resueltos en sede de revisión de tutela por la Corte Constitucional, en los que ante la omisión del decreto oficioso de la prueba resultó vulnerado el debido proceso. La metodología empleada se basó principalmente en la revisión documental y jurisprudencial.

### PALABRAS CLAVE

Debido proceso probatorio, defecto fáctico, justicia material, prueba de oficio, verdad de los hechos, verdad procesal.

## Abstract

This paper addresses ex officio evidence as a tool to achieve the truth in judicial processes, safeguarding material justice, and, as a legal and constitutional duty of the judge, who, as director of the process, and, through sound criticism, must establish in which cases the decree of this test is necessary to remedy decisive doubts towards a decision, doubts that were not resolved by the parties, despite diligent work to bring together the means of proof that support their affirmations or denials. The objective of this article is to reflect on the ex officio test as a legal figure, through which the protection of rights is achieved in an specific case. First, the concept of ‘procedural or judicial truth’ is briefly described from the doctrine; second, a doctrinal and jurisprudential approach is made on the role of ex officio evidence in the judicial process; and finally, cases resolved by the Constitutional Court are described, in which due process was violated, due to the omission of the unofficial decree of the evidence. The used methodology was mainly based on documentary and jurisprudential review.

### KEYWORDS

Due process of evidence, factual defect, material justice, ex officio evidence, truth of the facts, procedural truth.



## I. INTRODUCCIÓN

Este artículo es un producto académico de la investigación “Las subreglas jurisprudenciales en las providencias de la Corte Constitucional en torno al defecto fáctico”, presentada ante el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, la cual presenta de manera sintética doctrina constitucional colombiana respecto al error probatorio, desde diferentes ángulos, su relación con la afectación del derecho a la prueba y con la de acción de tutela contra sentencias.

Se presenta aquí una aproximación a conceptos de consideración en el derecho procesal, como son la verdad de los hechos y la verdad procesal. El concepto “verdad” es complejo, debido a la imposibilidad de diversas asunciones filosóficas de acceder a ella aspecto que no es la excepción en la discusión sobre la materialización de la verdad en el contexto del proceso judicial, por lo que allí surgen vertientes teóricas que manifiestan que, en todo caso, en el interior de dicho proceso lo que se halla es una verdad procesal o judicial, dado que, en este sentido, el propósito es la resolución de conflictos jurídicos. Estos planteamientos se desarrollan de manera sucinta a partir, principalmente, de Michele Taruffo, uno de los doctrinantes más destacados en la materia.

Asimismo, se presenta de manera concisa la prueba de oficio como herramienta para alcanzar la verdad en el proceso judicial, con la finalidad de preservar la justicia material, poniendo de presente que la prueba oficiosa se constituye hoy como un deber legal y constitucional del juez, que como director del proceso y mediante la sana crítica debe establecer en qué casos es necesario el decreto de esta prueba para remediar dudas determinantes para la decisión, dudas no resueltas por las partes a pesar de su trabajo diligente para arrimar los medios de prueba que respaldan sus afirmaciones o negaciones.

En ese sentido, el juez debe decretar y practicar oficiosamente pruebas, excepcionalmente, con el propósito de lograr la tutela judicial efectiva; recalando que dicho deber no constituye un mecanismo para cubrir las deficiencias probatorias de las partes ante sus actuaciones negligentes en la aportación de los medios de prueba.

El juez en principio no tiene carga probatoria alguna, pero, se itera, tiene el deber legal y constitucional de decretar pruebas de oficio, según sea el caso, pues de lo contrario podría incurrir en causal de procedencia de acción de tutela contra sentencias, de acuerdo con pronunciamientos de la Corte Constitucional.

El objetivo en este escrito es reflexionar acerca de la prueba de oficio como figura jurídica a través de la cual se logra en el caso concreto la verdad procesal y, por ende, la protección de derechos. Para ello se desarrollaron tres apartados. Primero, se describe brevemente a partir de la doctrina el concepto “verdad procesal o judicial”; segundo, se realiza una aproximación doctrinal y juris-

prudencial sobre el papel de la prueba de oficio en el proceso judicial; por último, se describen casos resueltos en sede revisión de tutela por la Corte Constitucional, en los que ante la omisión del decreto oficioso de la prueba, resultó vulnerado el debido proceso.

La metodología utilizada para la elaboración de este escrito se apoyó fundamentalmente en la revisión documental y jurisprudencial; para la cual se usaron bases de datos bibliográficas, disponibles en páginas electrónicas de diversas instituciones universitarias u organismos oficiales. En últimas, se trata de una metodología investigativa de orden cualitativo con tipo de estudio exploratorio, descriptivo y explicativo.

## II. VERDAD DE LOS HECHOS Y VERDAD JUDICIAL

Para tratar este tema se retoman planteamientos de algunos estudiosos en la materia, en especial de Michele Taruffo, quien en principio expresa que una de las principales finalidades del proceso judicial es el establecimiento de la verdad, y que la función de la prueba se asocia con tales finalidades. Taruffo (2008) plantea que:

Este problema se puede resolver adoptando teorías conforme a las cuales establecer la verdad de los hechos sea uno de los principales propósitos del proceso judicial. El concepto de 'verdad judicial' puede ser discutido, pero las cosas son bastante claras cuando la verdad de los hechos en disputa se asume como una meta del proceso judicial y como un rasgo necesario de las decisiones judiciales. (p. 20)

Al respecto, se asevera que la función del órgano jurisdiccional es el establecimiento de la verdad de los hechos alegados; para lo cual se debe hacer uso de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico. En coherencia con ello se entendería que

(...) una decisión legal y justa sólo se puede fundar en una valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos relevantes del caso. Una decisión de acuerdo con la verdad es el resultado de un acto de conocimiento del tribunal, que tiene que fundarse en premisas fácticas fiables: y esas premisas son suministradas por los medios de prueba adecuadamente presentados ante el tribunal. (Taruffo, 2008, p. 20)

De otra parte, se debe considerar que existe otra perspectiva teórica que argumenta que la pretensión primigenia del proceso judicial es resolver el conflicto jurídico entre las partes, y que el juez, como sujeto supraordenado, debe resolver el litigio restaurando las relaciones pacíficas entre los individuos involucrados.

Respecto del conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos y su relación con la verdad procesal o judicial, se tiene que esta es la que busca y encuentra el juez en un procedimiento en que dos discursos contradictorios se enfrentan. El demandante afirma que debe ser beneficiario de una obligación de

dar, hacer o no hacer, respaldando los hechos advertidos en el supuesto normativo invocado en la demanda; mientras que el demandante generalmente se resiste, sosteniendo un argumento contrario, esto es, niega los hechos, el derecho o la procedencia del reclamo (Salcedo, 2004).

No obstante, Taruffo aduce que en la lógica de entender la resolución de conflictos como fin último del proceso judicial no será necesaria la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos. En este orden de ideas, se plantea lo siguiente:

Esta teoría privatiza los valores involucrados en el proceso, imagina el mundo como un universo empobrecido desde un punto de vista sociológico y compuesto exclusivamente de individuos cuyo único objetivo es favorecer sus propios intereses particulares. (...) En consecuencia, no hay necesidad de definir la estructura del procedimiento judicial bajo la finalidad de la búsqueda de la verdad, pues no se espera que necesariamente se establezca la verdad en esos procedimientos. (...) En una teoría así, la principal función que se atribuye a las pruebas no es brindar la base para un conocimiento verdadero de los hechos en litigio; por el contrario, la presentación de medios de prueba se concibe como un mecanismo que las partes pueden usar en la defensa de su propia causa individual, o simplemente como una manera de cumplir con las cargas procesales. (Taruffo, 2008, p. 21)

En contraste con esto, Salcedo (2004) indica que

La verdad procesal es una de las más seguras, en virtud de que surge de una tesis, planteada por el actor, a la que se opone la antítesis, obra del demandado; el juzgador manda la experimentación o práctica de pruebas, las que después de ser apreciadas le permitirán obtener las conclusiones sobre cuál de los contendientes dice la verdad, en este mismo sentido se pronuncia Jürgen Habermas, quien afirma que uno de los métodos más confiables en la búsqueda de la verdad es el que utilizan los tribunales judiciales, dada su alta racionalidad. (p. 283)

Otra vertiente para determinar la contraposición de ópticas tiene que ver con las apreciaciones de Francesco Carnelutti y Jeremy Bentham, según lo expresado por Torres (2013):

Para Carnelutti basta entonces que haya límites en abstracto al conocimiento de los hechos por parte del juez para concluir que el proceso no puede tener como fin buscar la verdad. Su visión de la regulación del proceso tiene cierta similitud con la sostenida por Bentham, pues ambos son de la opinión que la regulación formal del proceso impide el descubrimiento de la verdad, pero al mismo tiempo son diferentes en un sentido importante: para Bentham el proceso habría de buscar la verdad y, por tanto, habría de eliminarse toda norma jurídica que tendiese a impedirlo; Carnelutti, por el contrario, da por sentado que la regulación del proceso debe existir, pues cumple un rol, pero no consiente en que la verdad pueda ser buscada a través del proceso tal y como está regulado. (p. 52)

Sin embargo, a pesar de la rivalidad entre tales teorías –verdad de los hechos como meta vs. resolución del conflicto como meta–, según Taruffo se deben conciliar ambas, argumentando que

en todo caso se debe llegar a una decisión adecuada y correcta con base en un juicio verdadero de los supuestos fácticos, y en consecuencia, dicha decisión sea legítima en el marco del Estado de derecho. De otro modo, un proceso judicial bueno no es necesariamente el que busca y encuentra la verdad, sino aquel que se esfuerza por buscarla y encontrarla con las herramientas legítimas de las que dispone (Torres, 2013).

Para Taruffo, toda verdad está “cargada de contexto”, pero esto no debe llevar a que se renuncie a la misma, y adicionalmente referencia:

Un sistema procesal puede o no ser eficiente en la búsqueda de la verdad sobre los hechos litigiosos, pero la existencia de reglas procesales no es —en sí misma— un obstáculo para la búsqueda de la verdad, y tampoco es una buena razón para afirmar que la verdad judicial es un tipo especial o formal de verdad. (Taruffo, 2008, p. 24)

Taruffo cita dos teorías a las que señala como irracionalistas, invocando la idea filosófica según la cual es imposible lograr la verdad, incluso la verdad formal, las cuales son la teoría de la verdad como coherencia y la de la verdad como correspondencia. Dice, en primer lugar, que en la teoría coherentista

(...) la verdad de un enunciado fáctico es sólo la función de la coherencia de un enunciado específico en un contexto de varios enunciados. Dado que la verdad y la falsedad sólo se pueden predicar de enunciados, el único nivel posible para la verdad es el de los enunciados, esto es, del lenguaje y los «relatos». (Taruffo, 2008, p. 26-27)

Pero, en cambio, para la verdad como correspondencia

(...) la condición más importante es que los hechos han de ser establecidos correctamente, tomando como base los elementos de prueba relevantes y pertinentes, como una condición necesaria para la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas. Entonces la cuestión no es (sólo) de relatos contados ni de lenguaje y coherencia narrativa. El contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial. (Taruffo, 2008, pp. 28-29)

Si bien con ello no deja de ser significativa la coherencia narrativa, según Taruffo no es de recibo que tal coherencia se convierta en la única posibilidad para concebir la verdad judicial. De otra parte, otra perspectiva señala que aquella correspondencia está relacionada con la función del juez en la búsqueda de la verdad, la cual se cumple cuando aquel compara el resultado del medio de prueba con los argumentos de las partes; entretanto, si hay coincidencia entre ambos, entonces se habrá alcanzado la verdad, esto es, el juez concluiría que el argumento que coincide con la prueba es el verdadero; pero si no hay coincidencia, la prueba habrá sido ineficaz (Salcedo, 2004). En consecuencia, la teoría de la correspondencia responde de manera más adecuada a la confección de la decisión judicial basada en la justicia y la verdad (Taruffo, 2008).

Ahora, a pesar de lo esbozado por Taruffo con referencia a la manera más justa y legítima de adoptar una decisión judicial posterior a la reconstrucción de la verdad de los hechos mediante la correspondencia, se debe destacar que si bien esto en principio podría ser lo ideal, en variadas ocasiones existen obstáculos para materializar dicha verdad, obstáculos en virtud del propio ordenamiento jurídico como lo son los derechos fundamentales, limitantes del poder investigativo del Estado. Similar a esto indica Torres (2013):

El proceso judicial en el que se desenvuelven la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos es, en cierta medida, un marco de escasez, pues en muchas ocasiones no se pueden satisfacer al mismo tiempo ambos valores. Se podría decir entonces que en el marco del proceso judicial, existiría una disposición a respetar la verdad como valor cuando los mecanismos para llegar a ella no son arbitrarios, sino que responden a la necesidad de respetar otros valores. Las normas que obstruyen el establecimiento correcto de los hechos y a la vez no protegen ningún valor, no están dispuestas hacia el respeto de la verdad. (p. 46)

El ordenamiento jurídico colombiano se ubica en un punto intermedio, esto es, persigue la verdad de los hechos y la justicia, pero en un escenario de respeto por los derechos fundamentales. Esto, en coherencia con el planteamiento de Roxin (2000) cuando afirma que la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio, y que si bien está en cabeza del Estado el esclarecimiento de los hechos, ello “no rige en forma ilimitada” en razón de la existencia de prohibiciones en la producción de la prueba.

Por tanto, la prueba como derecho, el debido proceso, la intimidad, entre otros, relativiza la posibilidad efectiva de obtención de la verdad de los hechos, a la cual solo se podría llegar a partir de medios de prueba en el marco del proceso judicial, pero que de cara a los mencionados derechos no puede ser reconstruida en detrimento de los mismos.

Se concluye que alcanzar la verdad respecto de unos hechos ya ocurridos –con la lógica del proceso judicial en el sentido de que las partes buscarán lo que les sea beneficioso a cada una, que además existen unas figuras jurídicas que limitarían buscar y arrimar medios de prueba al proceso, entre otros aspectos–, si no es de imposible consecución, sí de alta complejidad en su restablecimiento. Es por ello que se concuerda con lo señalado por Devis (2002), según el cual, ante la imposibilidad de llegar a la verdad en el proceso judicial, la prueba, en una de sus dimensiones, lo que busca es convencer al juez.

### III. ROL DE LA PRUEBA DE OFICIO EN LA JUSTICIA MATERIAL

La prueba de oficio es una figura procesal a través de la cual se posibilita la producción de una prueba mediante su decreto y práctica, a iniciativa propia del juzgador, a fin de obtener la verdad sobre los hechos alegados en el proceso.

En las tareas de esclarecer la verdad y propender por la efectividad de los derechos, el Estado dota al órgano jurisdiccional de dispositivos procesales para conseguir, en lo posible, una correspondencia entre verdad procesal y la verdad real, instituyendo para este fin la prueba oficiosa (Sentencia C-807-02).

Entre las normas que regulan la prueba de oficio en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentran los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso; 40, 79, 176, 180, 213, 254 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 808 del Código de Comercio; 81, 100, 126 del Código de Infancia y Adolescencia; 54 y 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En materia penal está proscrita, de acuerdo con el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 y la Sentencia C-396 de 2007.

Preceptúa el artículo 170 del Código General del Proceso: “Decreto y práctica de prueba de oficio. El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”. Entonces, a partir de esta normativa, el decreto oficioso de pruebas pasa de ser una facultad del juez a un verdadero deber legal, como lo indica la Corte Constitucional:

El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes. (Sentencia SU-768 de 2014)

La prueba de oficio tiene como principal justificación proteger derechos de personas en estado de vulnerabilidad; por tanto, el juez, como director del proceso y mediante sus potestades oficiosas, posibilita la producción de la prueba cuando esta no ha sido aportada por las partes, generalmente por la parte débil (Londoño, 2006). En esa medida, se apela a la prevalencia del interés público del proceso y a la búsqueda de la verdad de los hechos con miras a alcanzar la justicia material.

En armonía con ello, indicó la Corte Constitucional desde sus inicios:

De la Constitución surge el papel activo del juez en la búsqueda de la genuina realización de los valores del Derecho en especial la justicia, la seguridad jurídica y la equidad, luego de sus atribuciones y de su compromiso institucional emana la obligación de adoptar, en los términos de la ley que rige su actividad, las medidas necesarias para poder fallar con suficiente conocimiento de causa y con un material probatorio completo. De allí resulta que, bajo la perspectiva de su función, comprometida ante todo con la búsqueda de la verdad para adoptar decisiones justas, no pueda limitarse a los elementos que le son suministrados por las partes y deba hallarse en permanente disposición de de-

cretar y practicar pruebas de oficio, de evaluar y someter a crítica las allegadas al proceso y de evitar, con los mecanismos a su alcance, las hipótesis procesales que dificulten o hagan imposible el fallo. (Sentencia C-666 de 1996)

Una parte de la doctrina arguye que la prueba de oficio afecta la imparcialidad del juzgador, principio axial en el contexto del proceso judicial, pues se manifiesta la idea según la cual el juez tendería a atribuir mayor crédito a la prueba por él decretada, lo que desencadenaría un desbalance entre las partes. Al respecto, Alvarado (2004) sostiene que a través de la prueba de oficio el juez funge además como investigador, cuestión que ataca su neutralidad y, por ende, su función como sujeto supraordenado en la relación procesal. De manera similar, Calvino (2008) señala que el ofrecimiento y producción de la prueba son actividades exclusivas de las partes, so pena de minarse su igualdad ante el proceso y la imparcialidad del juez.

Sin embargo, para la Corte Constitucional, la prueba de oficio no resquebraja la imparcialidad judicial ni ocasiona que el juzgador a partir de su decreto se extralimite en sus funciones. Una sentencia importante alrededor de este tema en particular es la Sentencia C-086 de 2016, pronunciamiento en el que incluso se determina la necesidad de la prueba de oficio como herramienta para que el juez despeje toda duda no resuelta por las partes, mediante las pruebas por ellas aportadas.

En contraposición al sistema dispositivo, en el cual no hay cabida para la prueba oficiosa, se encuentra el sistema inquisitivo, en el cual “el juez debe investigar la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes. Por tanto, puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a buscar la verdad” (Sentencia C-086 de 2016). En coherencia con ello, según esta providencia, lo que se pretende a partir de la tarea oficiosa del juez es la obtención del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad, constituyendo estos dos mandatos el ideal de la justicia material.

Asimismo, ha señalado la Corte Constitucional:

En la mayoría de las legislaciones el proceso civil ha sido prevalentemente dispositivo y el penal prevalentemente inquisitivo. Sin embargo, en el derecho comparado el primero puede calificarse hoy en día como mixto, pues el proceso civil moderno se considera de interés público y se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso, tiende hacia la verdad real y a la igualdad de las partes y establece la libre valoración de la prueba. No obstante, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones y acepta que las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción o arbitramento.

(...)

La aspiración última del pueblo de alcanzar un marco que garantizara un ‘orden justo’, la consagración de la administración de justicia como una función pública esencial y como un derecho funda-



mental de cada persona, así como la prevalencia del derecho sustancial, significaron en su conjunto un fortalecimiento de la función judicial y un compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material. (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016)

En suma, plantea la Corte en Sentencia T-264 de 2009 que el juez tiene el deber legal de desplegar la actividad probatoria oficiosa necesaria, esto es, por razones justificadas, para indagar la verdad de los hechos antes de decidir, so pena de infringir derechos fundamentales, incurriendo así en defecto fáctico o defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. Tal actividad probatoria implica un compromiso del juez con la verdad y el derecho sustancial y no con las partes procesales.

Se concluye que la prueba de oficio contribuye al establecimiento de la verdad procesal, prueba que, como las demás, es susceptible de controvertirse. El juez, ante la incertidumbre a partir de lo aportado por las partes, busca esa verdad de manera oficiosa. En otras palabras, la prueba de oficio es una “posibilidad” más del juez para buscar la verdad, sin que pierda la imparcialidad, lo que podría permitir la tutela judicial efectiva; verdad tendencialmente correspondiente a la realidad de los hechos, puesto que en variadas ocasiones no será posible acceder a la verdad de los mismos tal y como ocurrieron en la realidad, ya sea por la complejidad de su reconstrucción o por los propios límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la verdad, si no real, debe constituirse por lo menos en verdad procesal respecto de los hechos alegados en virtud de alcanzar la justicia material, lo que en parte se logra con ocasión a la prueba de oficio.

Finalmente, y de acuerdo con el ángulo ideológico, la prueba de oficio se mirará o como dispositivo para resolver conflictos de intereses en pugna o como mecanismo para alcanzar el derecho material; en palabras de Parra (2004 “para que se pueda hablar de justicia de la decisión, ésta tiene que basarse en la verdad que el juez debe investigar” (p. 3).

#### **IV. APUNTES DE CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL**

En este apartado se presentan algunos casos que llegaron a ser estudiados por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, con el propósito de ilustrar mediante casos concretos el error probatorio por el no decreto de prueba de oficio, lo que conllevó a la configuración de defectos como el fáctico y el procedimental por exceso ritual manifiesto, vulnerándose así los derechos a la prueba y de acceso a la administración de justicia.

##### **Sentencia T-958 de 2005**

El accionante estimó que el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, al proferir sentencia dentro del proceso ordinario laboral de única instancia para solicitar la reliquidación de su pensión de vejez. A juicio del actor, el juez incurrió en una vía de hecho al negarse a practicar las pruebas solicitadas en la demanda, mucho

más cuando precisamente por ausencia de las mismas el fallo resultó adverso a sus pretensiones. Además de lo anterior, consideró, se premió la actitud del Instituto del Seguro Social, el cual se abstuvo de dar respuesta a su derecho de petición en el que había solicitado la reliquidación de su pensión y, de otra parte, no asistió a las audiencias programadas por la autoridad judicial. Por su parte, la autoridad accionada afirmó no haber incurrido en violación de tales derechos fundamentales. Así, explicó que la parte demandante sufrió las consecuencias de su inactividad probatoria, pues él cumplió con su deber de decretar la prueba, pero el accionante no cumplió con el suyo, consistente, según él, en allegar los oficios a quien correspondiera.

La decisión de instancia negó el amparo solicitado por considerarlo improcedente con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, indicó que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para controvertir providencias judiciales que han hecho tránsito a cosa juzgada, pues ello atentaba contra los principios de seguridad jurídica y autonomía judicial.

Posteriormente, la Corte Constitucional revisó el caso determinando que la autoridad accionada había incumplido su deber como directora del proceso, en detrimento del derecho fundamental al debido proceso, pues el régimen legal del procedimiento laboral estipula claramente que si bien al demandante le corresponde solicitar las pruebas que quiera hacer valer para demostrar la verdad de lo que afirma, en el escrito de demanda, al juez le corresponde, una vez fracasada la etapa conciliatoria o en caso de no resultar esta procedente, decretar de inmediato la práctica de las pruebas solicitadas por las partes. Además, derivado del principio inquisitivo y en procura de hallar la verdad real, la autoridad judicial está facultada para decretar y practicar las pruebas que considere indispensables para lograr un convencimiento sobre los hechos objeto de controversia que se han puesto a su consideración, las cuales debe apreciar de conformidad con las reglas de la sana crítica. Así, el defecto fáctico en que incurrió la autoridad judicial consistió en presuponer, cuando no existía, una conducta omisiva y negligente de la parte demandante. Por ello, la Corte revocó el fallo y concedió el amparo del debido proceso.

### **Sentencia T-264 de 2009**

La solicitante interpuso acción de tutela tras considerar que se le habían vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, como consecuencia de los defectos de carácter fáctico y procedimental por exceso ritual manifiesto al proferirse el fallo de segunda instancia en el proceso de responsabilidad civil extracontractual, dada la omisión del decreto oficioso de registros civiles para establecer el parentesco con el causante, pruebas determinantes para fallar.

El cónyuge de la accionante falleció en un accidente de tránsito al colisionar con un vehículo de servicio público. Esto originó que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá adelantara

un proceso penal por homicidio culposo en contra del conductor, quien posteriormente fue declarado responsable penalmente y se le condenó al pago de una indemnización por daños y perjuicios morales y materiales a la accionante e hijos menores.

La sentencia fue recurrida por la accionante con el fin de solicitar que se declarara como terceros civilmente responsables al propietario del vehículo y a la empresa de transporte. Luego, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca advirtió que, si bien la solicitud de condenar a terceros no resultaba procedente, la interesada podría acudir a la jurisdicción civil para buscar la declaratoria de responsabilidad de terceros por la muerte de su esposo. En atención a lo dispuesto por el fallo de dicho Tribunal, la peticionaria inició un proceso por responsabilidad civil extracontractual en contra del propietario del vehículo y de la empresa de transporte.

En sede de revisión, la Corte Constitucional concedió la tutela, planteando que la inconducencia de la prueba aportada para acreditar el parentesco, en el caso concreto, no era una razón suficiente para que el juez desestimara las pretensiones; lo que de paso violó los derechos fundamentales a la verdad en el proceso y a la justicia material de la peticionaria y de sus hijos menores.

Asimismo, la Corte Constitucional expresó que la prueba de oficio era un deber derivado del papel del juez como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad, en tanto esta prueba se orienta por el interés público de la realización de la justicia, además, que el juez debe decretar pruebas oficiosamente cuando la ley le marca un claro derrotero a seguir o cuando se prevea que su inactividad puede llevarlo a una decisión contraria a la justicia material; todo ello con pleno sustento en la adopción de la forma política del Estado social de derecho, en el que el juez deja de ser un frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley para adoptar el papel de garante de los derechos materiales.

### **Sentencia T-817 de 2012**

La accionante solicitó protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué y por el Tribunal Administrativo del Tolima, que al resolver la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició la compañera permanente de un capitán retirado del Ejército Nacional—en contra de las resoluciones que había expedido la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que dejaron pendiente el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes hasta tanto fuese definido el debate en sede jurisdiccional—, concedieron el derecho pensional exclusivamente a favor de esta sin haber declarado a la accionante como “cónyuge culpable”, para de esta forma habilitar su exclusión del reconocimiento y pago de la prestación periódica que se encontraba en contienda.

La Sala de Revisión consideró que los accionados habían incurrido en defecto por exceso ritual manifiesto, el cual tiene relación directa con el defecto fáctico alegado por la actora, al dejar de hacer uso de la prueba de oficio solicitando la aportación del respectivo registro civil de matrimonio, con el fin

de establecer si la accionante en verdad figuraba como cónyuge del causante, y a partir de la información obtenida proveer el fondo del asunto con mayores elementos de juicio tendentes a garantizar los derechos fundamentales que le asistían a esta. Esto es, el no haber activado la prueba oficiosa desembocó en una lesión de derechos de raigambre constitucional al decidir sin los suficientes elementos de juicio para hacer efectivos los derechos sustanciales, por lo que la Corte Constitucional los amparó.

### **Sentencia SU-768 de 2014**

El accionante interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna y al mínimo vital, con ocasión de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de que el accionante no había demostrado su legitimación por activa dentro del proceso de reparación directa iniciado en contra de la nación.

El accionante manifestó que el barco de su propiedad, matriculado en el puerto hondureño de San Lorenzo, había arribado a Colombia el 31 de diciembre de 1991 con un cargamento de harina de pescado. Fue recibido legalmente por la Capitanía del Puerto de Buenaventura. A su llegada, asegura, fueron verificados todos los documentos que por convenios internacionales debía tener la motonave. No obstante, sostuvo que su agente Navieros de Occidente Ltda. le incumplió lo acordado en relación con el cargamento y el pago de los fletes, pues los cobró al dueño de la carga pero no los transfirió correctamente. Como consecuencia de lo anterior, la Capitanía del puerto de Buenaventura negó la autorización de zarpe, en decisión del 20 de enero de 1992, aduciendo que la embarcación tenía deudas pendientes con Colpuertos.

Estando en el Puerto de Buenaventura, el capitán para ese entonces realizó las liquidaciones de algunos créditos laborales a favor de la tripulación, las cuales fueron homologadas con la firma del capitán de pPuerto. Uno de los créditos resultantes fue el de un tripulante quien esgrimió estos documentos como título ejecutivo ante el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura en demanda que interpuso contra el accionante y la compañía Pacific Coasting S. A., solidariamente; Juzgado que posteriormente profirió orden de embargo y secuestro del barco. Esto y demás situaciones dieron origen a una serie de calamidades que comprometieron gravemente la estabilidad física, emocional, familiar y económica del accionante, por lo que interpuso acción de reparación directa en 1997 contra la nación, alegando un error judicial. Explicó que dentro del proceso laboral se libró un mandamiento de pago sin examinar que el título era uno de aquellos que la ley denomina complejos, por lo que debía verificarse con los libros de registro del barco y, en todo caso, la medida no era procedente por tratarse de un buque con bandera extranjera.

En el 2000 el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda, pues señaló que debió haberse probado “cuáles son los requisitos de la legislación de Honduras para demostrar la propiedad de ese bien, cuestión que le correspondía a la parte demandante que

es la interesada en que se le paguen perjuicios por los daños de la nave de bandera extranjera”. La sentencia fue recurrida.

Dentro del trámite de la demanda de reparación directa el Consejo de Estado profirió fallo de segunda instancia en 2012. Esta sentencia –objeto de la presente acción de tutela– confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de que el accionante no había demostrado su legitimación por activa ni había aportado prueba de la ley extranjera respectiva. Para el Consejo de Estado, la carga probatoria correspondía al actor, quien derivaba su interés procesal del derecho de propiedad que ostentaba sobre el barco, por lo que descartó la necesidad de un impulso oficioso por parte del juez administrativo.

Entonces, la Corte Constitucional, en revisión de la acción de tutela en contra de la decisión antedicha, indicó que el ordenamiento jurídico colombiano, tanto en su legislación interna como en los tratados regionales en los que se ha hecho partícipe, se ha inclinado por una alternativa intermedia en lo que se refiere a la obtención del derecho extranjero dentro de los procesos surtidos en el territorio nacional. En efecto, el sistema colombiano prescribe que este debe ser investigado de oficio por la autoridad judicial, como si se tratara de su propio ordenamiento, aunque no descarta la colaboración de las partes interesadas, quienes podrán invocar y probar su existencia y contenido.

Adujo la Corte Constitucional que ninguna autoridad judicial puede, sin vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y a la efectiva administración de justicia, desconocer su corresponsabilidad en la materia y pretender trasladar completamente esa carga a las partes procesales. Más aún, en los casos en que la norma extranjera resulta indispensable para la resolución de la disputa y es de difícil obtención para los particulares, debido a sus limitaciones financieras o logísticas.

En consecuencia, la Corte Constitucional concedió la protección del derecho fundamental al debido proceso, dejando sin efectos la decisión objeto de censura y remitiendo el expediente nuevamente al Consejo de Estado para que este, luego de practicar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de la verdad, dictara sentencia de segunda instancia con estricto respeto del impulso oficioso que corresponde al juez en la obtención del derecho extranjero.

### **Sentencia T-407 de 2017**

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder– interpuso acción de tutela tras considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, pues el Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón, Cundinamarca, declaró en favor de un particular la pertenencia por prescripción adquisitiva del derecho real de dominio de un predio sobre el cual se había ejercido posesión material, pero sin antecedentes registrales, por lo que gozaba de la presunción de bien baldío, cuya administración, custodia y adjudicación correspondía al Incoder. Este planteó que el juzgado accionado había omitido valorar las pruebas sobre la situación jurídica del predio el Chorro, e igualmente,

que había omitido el decreto oficioso de las pruebas necesarias para determinar la naturaleza jurídica del bien, desconociendo las reglas de la sana crítica.

Para el Incoder, la sentencia proferida por el juzgado incurrió en defecto fáctico por la omisión en el decreto y práctica de pruebas, ya que el juez no ejercitó sus deberes oficiosos para determinar con certeza si el bien a prescribir era o no baldío.

Esta postura fue acogida posteriormente por la Corte Constitucional, que en revisión de tutela revocó la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón tras haber incurrido en defecto fáctico, por cuanto pasó por alto la obligatoriedad de valorar las pruebas que concurrieron en los trámites de pertenencia y de decretar otras pruebas de oficio.

Por lo anterior, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho al debido proceso y ordenó al juez volver a valorar los requisitos de admisión de la demanda, atendiendo, entre otras, las consideraciones expuestas por dicha sala en la providencia.

### **Sentencia T-249 de 2018**

El accionante interpuso acción de tutela por considerar que el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, ya que declaró la existencia de cosa juzgada –en tanto ya había cursado un proceso respecto de los mismos hechos–, y no practicó la prueba científica de ADN que ya había sido decretada y que permitiría establecer si había lugar o no a la declaración de paternidad en el proceso de filiación extramatrimonial.

La Corte Constitucional indicó que tanto la ley (Ley 721 de 2001) como la jurisprudencia constitucional habían reconocido la prueba de ADN como elemento esencial para establecer el vínculo biológico entre padres e hijos, atendiendo los mandatos superiores y legales en los cuales se recalca la prevalencia de los derechos fundamentales de quienes buscan certeza de un vínculo genético frente a los ascendientes.

Encontró la Corte que la declaración de la excepción de cosa juzgada, después de haberse decretado la prueba de ADN en el proceso de filiación extramatrimonial, constituyó una irregularidad procesal que tuvo un efecto decisivo en la decisión.

En suma, arguyó la Corte que la autoridad judicial accionada había hecho caso omiso del mandato legal, pues si bien había ordenado la prueba de ADN, esta no fue practicada y, por tanto, no fue valorada. Por ello, se estructuró el defecto fáctico por omisión, el cual se presenta, en una de sus variables, cuando un juez decreta una prueba necesaria para la resolución del caso, pero resuelve sin haberse practicado la prueba ordenada. A pesar de que la ley dictamina que el juez debe decretar, practicar y valorar la prueba científica de ADN, como instrumento eficaz para establecer la

paternidad, tal no fue practicada ni valorada al darse por terminado el proceso anticipadamente, ante la declaratoria de cosa juzgada, excepción invocada por el demandado.

La Corte Constitucional, entonces, no encontró justificación acerca de la declaración de excepción de cosa juzgada, pues de esta forma se inobservaron valores superiores como el debido proceso y la verdad procesal, la cual para estos casos solo es posible determinarla con base en la práctica de la prueba de ADN. Por ello, la Corte concedió la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al estado civil, a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y a la dignidad humana.

## V. CONCLUSIONES

La verdad de los hechos es de muy difícil reconstrucción, incluso es posible que no llegue a ser establecida en el proceso judicial, y en consecuencia, deba producirse una verdad procesal o judicial en virtud del llamado del ordenamiento jurídico en relación con la necesaria resolución de conflictos jurídicos. Todo ello por diversas causas, que pueden ir desde la defensa de las partes en torno a sus propios intereses, pasar por limitaciones y condicionamientos por situaciones inabordables científicamente, altos costos para la producción de algunas pruebas hasta reglas procesales como las de exclusión de la prueba por ilegalidad o por ilicitud, cargas probatorias, presunciones, etc.

La prueba de oficio en Colombia es un deber-obligación del juez como director del proceso, excepto en el proceso penal, prueba que no implica la pérdida de imparcialidad del juzgador, pues incluso al este decretarla de antemano no se conoce a quién aprovechará; pero desde la mirada de la configuración de la verdad material, es una posibilidad para que esta pueda ser alcanzada a partir de los medios probatorios pertinentes, conducentes y útiles.

La prueba de oficio como deber del juez se robusteció con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, específicamente lo referido en su artículo 170, empero, previamente a la puesta en marcha de esta normativa, la prueba oficiosa ya se entendía como tal, lo que se puede constatar en pronunciamientos de la Corte Constitucional de años anteriores a la mencionada vigencia.

La omisión ante el decreto y práctica de la prueba de oficio –considerada como jurídicamente necesaria en determinado proceso judicial para el esclarecimiento de los hechos objeto de controversia, por deficiencias probatorias no atribuidas a la inactividad de las partes, y que permita fundamentar un fallo de mérito, vulnerándose derechos fundamentales, genera causal de procedibilidad de acción de tutela contra sentencias judiciales por defecto fáctico o procedimental por exceso ritual manifiesto, según sea el caso.

Hay un volumen importante de sentencias de la Corte Constitucional que involucran la relación entre prueba de oficio y defecto fáctico, esto por las implicaciones que tiene el no decretar esta



prueba en las situaciones enunciadas. Ahora, debe insistirse en que la prueba oficiosa en Colombia debe ser vista como un puente hacia valores imbricados en la verdad material, el acceso a la tutela judicial efectiva y, por tanto, la realización de la justicia en el marco del Estado de derecho, y no como manifestación de tendencias inquisitivas en la administración de justicia.

El decreto de la prueba de oficio debe estar mediado por las reglas de la sana crítica, al igual que su práctica y valoración; prueba que, además, siempre estará sujeta a la contradicción de las partes. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el uso de la prueba de oficio no es ilimitado ni debe aplicarse para suplir deliberadas deficiencias probatorias de las partes ni, mucho menos, para averiguar aspectos no relacionados con los hechos alegados en el proceso.

La Corte Constitucional aplica la teoría de los derechos subjetivos respecto de la prueba de oficio, en la relación “partes”, que demandan la protección de un derecho, y “juez”, quien tiene el deber de decretarla en determinados casos; sobre todo en las circunstancias en que se deben amparar intereses constitucionalmente relevantes como la justicia y la verdad, haciendo hincapié en los derechos de las personas bajo especial protección constitucional.

## REFERENCIAS

- Alvarado, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Temis.
- Calvinho, G. (2008). *El Sistema Procesal de la Democracia: Proceso y Derechos Fundamentales*. Lima: Editorial San Marcos.
- Devis, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis.
- Londoño, M. (2006). Las pruebas de oficio en el proceso civil en Colombia. *Controversia Procesal*, 1, 1-30.
- Parra, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá: Temis.
- Salcedo, A. (2004). La Verdad Procesal. *Alegatos*, 58, 279-290. Recuperado de: <http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/la-verdad-procesal.pdf>
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Torres, A. (2013). *Verdad procesal y derechos humanos. Un estudio sobre la prueba ilícita en la jurisdicción penal internacional*. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38193.pdf>

## Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-666, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia C-807, M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia T-958, M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-396, M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia T-264, M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia T-817, M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia SU-768, M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-086, M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia T-407, M.P.: Dr. Iván Humberto Escruceña Mayolo.

Corte Constitucional de Colombia (2018). Sentencia T-249, M.P.: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

### **Normatividad**

República de Colombia (2001). Ley 721, *por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.*

República de Colombia (2006). Ley 1098, *por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.*

República de Colombia (2011). Ley 1437, *por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

República de Colombia (2012). Ley 1564, *por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.*

Presidencia de la República (1948). Decreto-Ley 2158, *sobre Procedimientos en los juicios del Trabajo. Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Presidencia de la República (1971). Decreto 410, *por el cual se expide el Código de Comercio.*