

Derecho Verde

Revista de la Facultad de Derecho de UNIAGRARIA
del Programa de Derecho - UNIAGRARIA

No. 1 - Año 1
Julio - Diciembre / 2012



Revista de Derecho



Revista No. 1
Fundación Universitaria Agraria de Colombia
- UNIAGRARIA
Julio - Diciembre de 2012
ISSN 2339-4358

ASAMBLEA GENERAL

Emiro Martínez Jiménez
PRESIDENTE

CONSEJO SUPERIOR

Álvaro Zúñiga García, PRESIDENTE
Teresa Arévalo Ramírez
Teresa Escobar de Torres
Jorge Orlando Gaitán Arciniegas
Héctor Jairo Guarín Avellaneda
Emiro Martínez Jiménez
Álvaro Ramírez Rubiano

RECTOR

Jorge Orlando Gaitán Arciniégas

DIRECTOR DEL PROGRAMA DE DERECHO

Albino Segura Penagos

COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto Bernal Duplat
Edgar Dussan Calderón
Leonel Mauricio Peña Solano
José Alfonso Valbuena Leguizamó

COMITÉ EDITORIAL

Diana Patricia Arias Henao
Jaime Alfonso Cubides Cárdenas
David Andrés Murillo Cruz
Julián René Romero

COLABORADORES

Ivonne Alexandra Bohórquez Alfonso
Oscar Lombana
Fernando Barros Algarra
Miriam Liz Ándela
Luz Andrea Bermeo Montealegre
Leonardo Santo Petro Llorente
Alfonso Zambrano Pasquel
Albino Segura Penagos
Gleidis Navajas Jaraba
Myriam Piñeros Vargas
María Lucila Espitia

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN:

Digiprint Editores E.U.

Contenido

Contenido

Editorial	5
Albino Segura Penagos	
Presentación	7
Álvaro Zúñiga García	
El programa de Derecho Uniagrarista	11
Teresa López Gutiérrez	
Derecho Verde Nacional	
Atipicidad por acciones a propio riesgo	17
Fernando Barros A.	
El desarrollo humano y el medio ambiente	22
Albino Segura Penagos y Gleidis Navajas Jaraba	
La descentralización del desarrollo local: el problema entre el ser y el estar. El caso de la construcción y ejecución de los planes de desarrollo local en Bogotá	40
Ivonne Alexandra Bohórquez Alfonso	
La audiencia preliminar como base de los procesos civiles en un sistema de audiencias orales para la efectivización de los derechos	60
Semillero de Investigación "Praxis Iuris"	

El contrato realidad en la legislación
de Colombia y Venezuela

Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

78

Derecho Verde Internacional

Neoconstitucionalismo y acción
extraordinaria de protección
en el debido proceso penal

Alfonso Zambrano Pasquel

113

Editorial

Editorial

Florece en la Fundación Universitaria Agraria de Colombia la extraordinaria capacidad de investigar, esa capacidad que tenemos los seres humanos desde cuando nos encontramos en el vientre tratando de explorar todo lo que nos rodea, crecemos con la idea de entender lo que nos circunda y cuando empezamos a madurar intentamos dar respuesta a todo lo que nos cuestiona, son esas ansias de dar todo lo mejor las que nos llevan en el proceso de formación académica e investigativa a presentar estos resultados.

El Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia “Uniagraria” tomó la decisión de dar inicio a una etapa que esperamos se vaya consolidando con esta publicación de la **Revista Derecho Verde**, teniendo en cuenta que el mundo de mañana deberá ser diferente al conocido por nosotros hoy, mundo visto con incertidumbre para nuestros hijos, hijos que esperan de nosotros una educación con creatividad, imaginación para un futuro sostenible, por ello la sociedad deberá transformarse manteniendo ese deseo de saber, conocer, comprender e indagar para permitir que la tierra pueda satisfacer las necesidades de los seres humanos.

Los autores de los artículos publicados en la **Revista Derecho Verde**, se han dejado cautivar por la investigación buscando respuestas a los cuestionamientos que surgieron en su quehacer diario, de esta forma en esta edición podrán leer y estudiar temas relacionados con los grandes problemas del Derecho Penal Contemporáneo, el desarrollo humano y el medio ambiente analizado como uno de los pilares de gran importancia que reviste para una democracia participativa, a su vez la importancia en la construcción y ejecución de los planes de desarrollo donde se señala que el desarrollo local está estrechamente relacionado con los procesos de gestión pública, la importancia

del derecho procesal al analizar detalladamente los factores que aportan a los principios de celeridad, transparencia y la responsabilidad en la administración de justicia, un análisis juicioso del contrato realidad en la legislación de Colombia y Venezuela y por último se presenta una sólida y consistente argumentación jurídica acerca del tema "Neoconstitucionalismo y Acciones de Protección en el debido Proceso Penal".

Finalmente quiero extender una invitación a todos los investigadores, académicos para que envíen los artículos trabajados con ese interés y compromiso que nos caracteriza en Uniagraria al formar abogados con un claro sentido ético y de responsabilidad social, con énfasis en derecho ambiental y agrario, y así dar continuidad en las publicaciones de la Revista Derecho Verde.

Esperamos encuentren de su interés y pertinentes los artículos aquí presentados con el anhelo de ser la luz del camino en el derecho verde colombiano.

Albino Segura Penagos
Director Programa de Derecho

Presentación

Presentación

Álvaro Zúñiga García¹

Surge en el ámbito académico de Uniagraria, una nueva publicación dirigida a comprender la racionalidad científica del Derecho, en concordancia con los desafíos que impone una sociedad globalizada y en el contexto de fenómenos característicos de la modernización, modernidad y posmodernidad.

Con la revista **Derecho Verde** se emprende una loable y plausible tarea proyectada a difundir el conocimiento jurídico, dirigido a propiciar la apertura de senderos inspiradores de principios dinamizadores de la democracia, la libertad, la justicia social, la equidad, la solidaridad y la prosperidad.

Esta publicación abre espacios de reflexión acerca de la evolución de la ciencia jurídica, en entornos que demandan respuestas válidas, reveladoras de un futuro promisorio para el hombre del siglo XXI.

¹ Presidente del Consejo Superior de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia, UNIAGRARIA.

En la actual sociedad del conocimiento, matizada por un cúmulo de complejidades y diversidad de riesgos, se requiere orientar acciones que sean pasaporte válido para navegar en la aldea global, con el propósito de generar bienestar ante los nuevos hitos que impone el desarrollo científico y tecnológico.

Con **Derecho Verde** soplan nuevos vientos direccionados a recoger el sueño de investigadores ansiosos de rendir culto a la ciencia jurídica y de encontrar la senda que venturosamente los conducirá a descubrir el conocimiento requerido para encarar los retos de estos días, caracterizados por el apareamiento de paradigmas desconocidos en el pasado.

Derecho Verde despeja caminos para desarrollar la cultura de la investigación y promover un pensamiento crítico abierto a todos los actores comprometidos con la difusión de la disciplina jurídica, mediante propuestas in-

centivadoras de un diálogo sustentado en sólidos razonamientos, enmarcados en consistentes argumentaciones.

La revista representa el punto focal del proceso investigativo que Uniagraria adelanta con el ánimo de concebir y proyectar pensamientos que observen la realidad de manera diferente y brindar al hombre una vida grata y digna.

En esta publicación un grupo de académicos, interesados en indagar sobre los diferentes matices del Derecho, exponen con rigor analítico tópicos relacionados con la normatividad que regulariza los problemas derivados de las relaciones sociales.

Teresa López Gutiérrez describe esta disciplina como una rama del conocimiento humano que explica la noción de justicia como realidad observable en la vida de los seres humanos. Plantea que Uniagraria forma abogados con un claro sentido ético y de responsabilidad social, con énfasis en Derecho Social y Agrario.

El penalista Fernando Barros Algarra, desarrolla una temática relacionada con la "Atipicidad por Acciones a Propio Riesgo". Con brillante claridad

conceptual enfatiza que uno de los grandes problemas del Derecho Penal contemporáneo se refiere a aquellas acciones de la víctima en un hecho dañoso, las cuales exponen de manera peligrosa sus bienes jurídicamente tutelados.

Los docentes investigadores, Albino Segura y Gleydis Navajas Jarava, analizan en el artículo "El Desarrollo Humano y el Medio Ambiente", la importancia que reviste para una democracia participativa, la integración del individuo y el gobierno para la toma de decisiones que desde una perspectiva holística posibiliten la conducción de procesos que tiendan a la protección y aprovechamiento racional de los recursos naturales y a la solución de la problemática ambiental.

La profesora Ivonne Alexandra Bohórquez Alfonso presenta planteamientos de relevante importancia en su trabajo investigativo, en lo tocante con la "Construcción y Ejecución de los Planes de Desarrollo de Bogotá". Señala que el desarrollo local está estrechamente relacionado con los procesos de gestión pública, enmarcados en los modelos de descentralización, desconcentración y delegación. Puntualiza que para el caso de

Bogotá los procedimientos son ineficientes con respecto a la asignación de recursos destinados a la inversión, dificultándose la solución de problemáticas que se presentan en las localidades.

En la ponencia relacionada con "La Audiencia Preliminar como Base de los Procesos Civiles, en un Sistema de Audiencias Orales para la Efectivización de los Derechos", presentada por el semi-llero Praxis Juris, en el Trigésimo Primero Congreso Colombiano de Derecho Procesal, se analiza detalladamente los factores que aportan al desarrollo de la celeridad, la transparencia y la responsabilidad, en la administración de justicia.

El docente coordinador de investigación del programa de Derecho de Uniagraria, abogado Jaime Cubides Cárdenas, en el artículo "El Contrato Realidad en la Legislación de Colombia y Venezuela", expone las diferentes fuentes que le dan contenido al Derecho en Colombia y Venezuela. De manera magistral indica que es necesario demostrar la existencia de relaciones laborales en las que se conciba un contrato realidad, considerando la existencia de una actividad personal, la remuneración y la continua dependencia y subor-

dinación del trabajador frente al empleador.

El exmagistrado de la Corte Suprema del Ecuador y docente universitario Alfonso Zambrano Rangel, presenta una sólida y consistente argumentación jurídica acerca del tema "Neoconstitucionalismo y Acciones de Protección en el debido Proceso Penal". Con profundidad analítica hace referencia a los diferentes conceptos que aplica la Corte Constitucional del Ecuador, con el objetivo de propiciar una mejor confianza en el trato que debe darse a los principios constitucionales. Menciona entre otros, los de proporcionalidad, el principio de ponderación, la teoría de la argumentación jurídica, la teoría de los derechos fundamentales.

Con pensamiento emprendedor Uniagraria, a través del Programa de Derecho, presenta esta nueva publicación, alentando la esperanza de brindar respuestas a los nuevos requerimientos de una sociedad ansiosa de mirar la realidad con ideas originales y esquemas diferentes.

El reto de Uniagraria de hoy y mañana, es el de difundir conocimiento que inspire optimismo frente a los desafíos que presen-

ta el maravilloso pero complejo mundo del siglo XXI.

De esta manera Uniagraria interpreta el significado de la educación como impulsora del desarrollo del capital humano, en un entorno de pensamientos novedosos e innovadores, criterio que coincide con la conceptualización de Erich Fromm al plantear que la finalidad de la educación se centra en “formar hombres que sean capaces de hacer cosas nuevas, y no de repetir lo que otros han dicho y hecho, formar creadores, inventores y descubridores”.

Álvaro Zúñiga García
Presidente Consejo Superior
Uniagraria

El Programa de Derecho Uniagraria

Teresa López Gutiérrez¹

El Derecho como rama del conocimiento humano, es tan antiguo como los conglomerados humanos mismos, bastándonos citar el CÓDIGO DE HAMMURABI en la vieja Mesopotamia, en el siglo XXI a.C.; las Leyes de MANÚ, en la India, en el siglo XIII a.C.; el TORA de los Judíos siglo VI a.C.; la ley romana de las XII TABLAS, que data, aproximadamente del siglo IV a.C. Lograr la unidad de los grupos, con propósito de preservación y reproducción de la especie, impuso a sus integrantes la obligación de fijar normas que regularan la reproducción de la especie y la producción, normas de conducta, determinadas inicialmente de manera simbólica, aconsejada por la mera experiencia.

“El Derecho se entiende como un sistema de normas que, coexistiendo con otras normas diferentes, limitan la libertad del hombre y ordenan su comporta-

miento en la sociedad con miras a seguir un orden social indispensable para su desarrollo y perfeccionamiento, lo corroborará la idea del fenómeno social como creador primario del Derecho como ciencia. El Derecho invoca directamente la idea de justicia, como idea de exigencia jurídica por excelencia y de una realidad presente en la vida de cada uno de los individuos. Las agrupaciones humanas se han preocupado por regular la convivencia con los demás individuos, además de la continua búsqueda del bien común, esto se da mediante la creación de instituciones que colaboren en la administración de la justicia y la defensa de la integridad, independencia y soberanía de la nación, lo cual implícitamente conlleva a la SEGURIDAD INTERIOR”.

El objeto material del Derecho es la JUSTICIA y mientras exista injusticia material, conflicto armado, en el que los actores materiales del mismo desconocen

¹ Directora Instituto Uniagraria para la familia rural “Teresa Arévalo Ramírez”.

los Derechos Fundamentales de los ciudadanos no combatientes, la pertinencia del estudio del Derecho es una necesidad ineludible.

En un mundo cada vez más integrado –globalizado– en donde las relaciones políticas y económicas entre las naciones pueden conducir a situaciones de igualdad o desigualdad, de colaboración o dependencias y en donde el mundo subdesarrollado puede ser objeto de colaboración en su desarrollo o de expoliación de sus recursos naturales y biológicos, humanos y financieros, dando lugar a nuevos conflictos sociales, con incidencia en el desarrollo interno del país, especialmente en los campos de la minería, la agricultura, la ganadería, industria de alimentos y conservación del hábitat. En cuyo tratamiento e interpretación juega un importante papel el Derecho y los Abogados.

Los términos ABOGADO y ABOGACÍA, se derivan de la voz latina "*advocatus*", que significa "llamado", llamado en socorro o auxilio del honor, la vida, la libertad, y la fortuna de los ciudadanos.

Especial influencia ha tenido a lo largo de estos 200 años, las concepciones del Libertador y

del General Santander de formar hombres con una conciencia civilista y respetuosa de la Ley. Esta profesión ha sido parte de la historia del país y formadora de nuestros gobernantes, pero también ha sido parte del desarrollo del hombre común, del intelectual inquieto, del luchador incansable por los derechos humanos, por el Estado Social de Derecho, por una vida digna y sana, por los derechos del campesino, del indígena y comunidades afrocolombianas; a la Tierra, por la preservación del medio ambiente como legado incuestionable a nuestras futuras generaciones, y combatiente incansable por la seguridad democrática para formar ese abogado ético, respetuoso del derecho ajeno, comprometido con la sociedad, trabajador y defensor de justas causas es que se creó el PROGRAMA DE DERECHO DE UNIAGRARIA.

La acción educativa que orientó esta doctrina fue posible por la voluntad de servicio y nobles idearios de un grupo de personas, vinculadas al fomento del sector agrario industrial y minero, que el 8 de marzo de 1985, suscribieron el Acta de Constitución de la FUNDACION UNIVERSITARIA AGRARIA DE COLOMBIA, cuyo carácter por naturaleza legal es de servicio a la comunidad.

En 1994, con 48 estudiantes, inició labores el Programa de Derecho jornada diurna, autorizado por el Consejo Superior mediante Acuerdo Número 112 del 19 de octubre de 1993, el objetivo general del programa es formar Abogados éticos con sentido humanístico, comprometidos con la justicia y la paz, acorde con las circunstancias y retos de la vida nacional e internacional para contribuir a la construcción de un nuevo orden social. Su formación comprende, además, profundizar en el área del derecho ambiental y agrario y en un acercamiento al derecho económico del sector público y del sector privado.

Con el Acuerdo del Consejo Superior N° 190 del 2 de septiembre de 1999 se autorizó la apertura del Programa de Derecho en jornada nocturna. Años después, mediante el Acuerdo N° 436 del Consejo Superior de febrero 3 de 2010 se dio inicio al Programa de Derecho de los Grupos Especiales, esfuerzo conjunto con FUNDAPP, como un medio de contribuir a la formación de nuestras Fuerzas de Seguridad, en términos más breves, y con la calidad requerida los hombres y mujeres que el País necesita y contribuir así, desde la Academia a hacer realidad los principios que sustentan la Seguridad Democrática.

Hasta la fecha hemos graduado Abogados, muchos de los cuales desempeñan cargos relevantes ante la comunidad académica, empresarial y del sector público, de todos nos sentimos orgullosos, el trabajo no ha sido fácil, queda mucho por hacer se trabaja, en colectivo, por ser mejores y más competitivos.

Este año esperamos graduar 180 estudiantes.

En el transcurso de esta corta vida, hemos suscrito convenios con instituciones nacionales, para promocionar la formación integral y desarrollar el servicio social comunitario. Desde 1998 a través del Consultorio Jurídico, además de fomentar las prácticas jurídicas de nuestros estudiantes hemos contribuido a la solución de 2.680 conflictos de la comunidad, a la asesoría consciente y pertinente y al desarrollo, contamos con más de 1.100 audiencias de Conciliación, dando muestra de nuestro compromiso institucional con la solución alternativa de conflictos.

El área de la investigación no puede ser ajena al quehacer diario del Programa de Derecho, justificar la existencia del programa nos obliga a contextualizar la actividad. En el mundo actual se

discute el Derecho y su ejercicio desde puntos de vistas divergentes, necesitamos abogados que interactúen en escenarios variados, que logren relaciones de intercambios justas, una explotación racional de los recursos naturales, y el respeto por la soberanía nacional, basado en estudios que reflejen la realidad internacional, nacional y local. Desarrollar el pensamiento investigativo autónomo, inquieto y sistemático, PENSAR COMO ABOGADO, es objetivo fundamental del Programa.

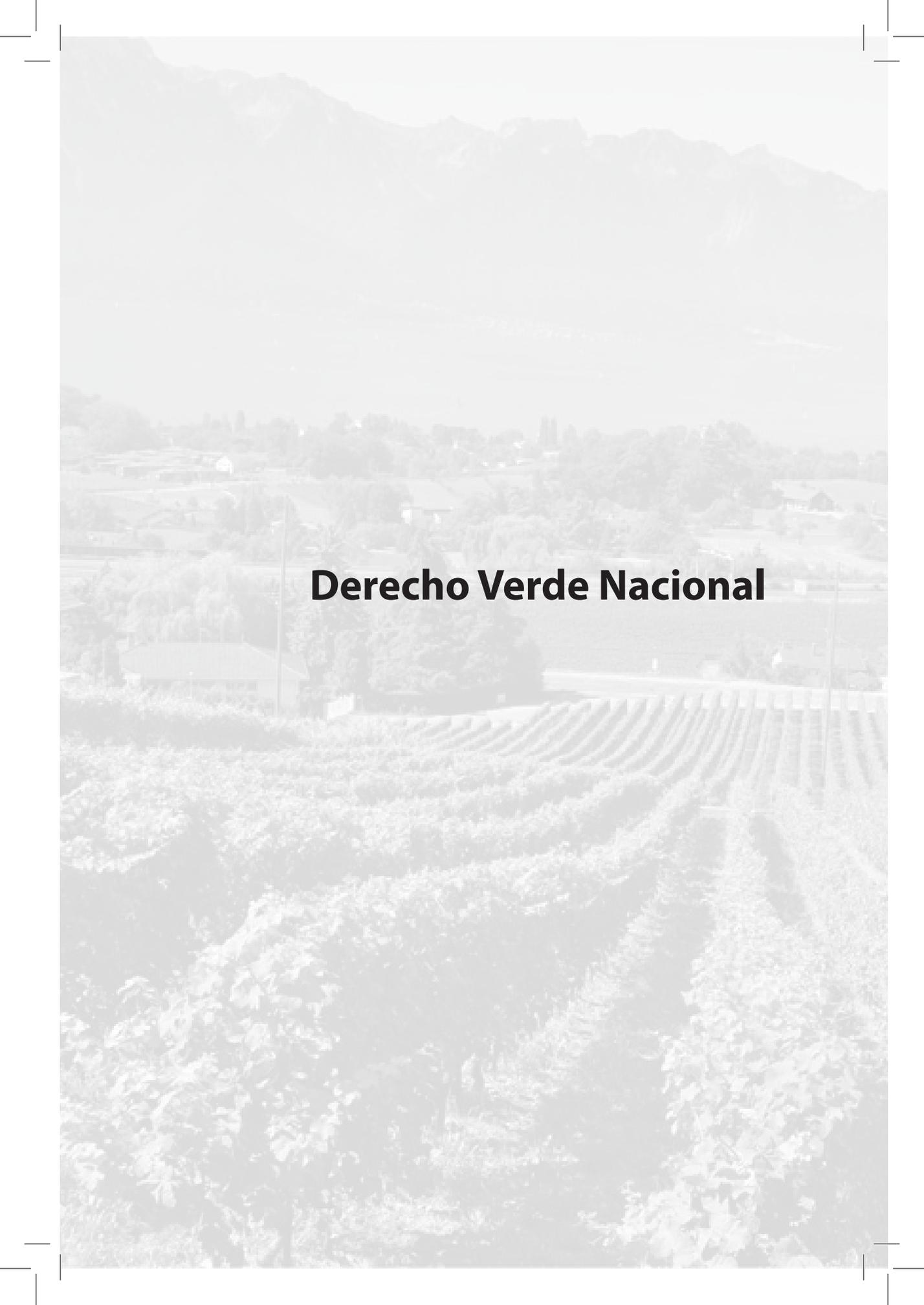
Desarrollar los programas de posgrados es tarea imperiosa y necesaria del Programa de Derecho, bajo el lema LA PROYECCIÓN SOCIAL COMIENZA POR CASA, daremos un vuelco a los programas de extensión universitaria, con ello abriremos un espacio de desarrollo del conocimiento y capacitación de nuestros estudiantes, egresados y comunidad en general; y hacer realidad nuestra Misión y Visión.

Misión de la Facultad

Formar abogados con sólidos conocimientos en las Ciencias Jurídicas, fundamentados en los principios constitucionales y especialmente en el DERECHO AMBIENTAL; con un alto sentido humanístico, ético y emprendedor, que contribuyan a la construcción y conservación del orden social, al desarrollo del sector agrario y al fomento del espíritu empresarial en el contexto de la internacionalización, con el propósito de consolidar el ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Visión de la Facultad

La Facultad de DERECHO de UNIAGRARIA se propone ser líder en la formación integral de ABOGADOS, con énfasis en DERECHO AMBIENTAL, y lograr el reconocimiento por su alta calidad e importantes aportes a la investigación jurídica.



Derecho Verde Nacional



Atipicidad por acciones a propio riesgo

Atypicality for action to own risk

Fernando Barros A.¹

Resumen

Uno de los grandes problemas en el derecho penal contemporáneo, y que por décadas ha sido modificado, se presenta en aquellas acciones de la víctima en un hecho dañoso, la cual en virtud de ellas pone en peligro sus bienes jurídicamente tutelados, siendo estas acciones voluntarias, conscientes y que con la intervención de un tercero favorecedor se desarrolla el resultado típico.

Abstract

One of the major problems in contemporary criminal law, which for decades has been modified, is presented in the actions of the victim in a harmful event, by virtue of which endangers their property legally protected, these being voluntary actions, conscious and with the intervention of a third party develops flattering typical result.

Palabras Claves: atipicidad, tipología penal, derecho penal, riesgo y actividades peligrosas.

Key words: Atypicality, criminal type, criminal law, risk and dangerous activities.

Para poder encasillar en la descripción típica de las acciones a propio riesgo que son el resultado de un actuar víctima, se debe entrar a realizar una valoración tanto de los elementos objetivos como de los elementos subjetivos de los tipos penales. No siendo suficiente esta valoración, es indispensable realizar una verificación de que la acción de la víctima se encuentra amparada bajo las expectativas o roles

¹ Docente, Facultad de Derecho, Uniagraria.

que desempeña cada persona en la sociedad. Con estos presupuestos, las acciones de las víctimas que causan una auto puesta en peligro, no deben ser punidas por el derecho penal; pues, si bien es cierto, que existe una relación causal entre quien realiza una auto puesta en peligro y un tercero favorecedor para la causación del resultado típico, las acciones a propio riesgo causan la atipicidad de las conductas. Es decir el tercero favorecedor de la conducta no puede ser penalmente responsable por la conducta criminal endilgada, esto tiene lógica puesto que quien ejerce el dominio de la actividad peligrosa es una persona que puede prever el peligro que se representa y a pesar de ello defrauda la confianza depositada por los asociados.

El primer fallo jurisprudencial sobre este tema es del BGHst, tribunal Alemán el caso Memel-Fall² y el Polizeipistolen-Fall³. Es el caso de un naviero, conductor de una embarcación, que transportó a dos señores al otro lado de un río por petición de ellos quienes conocían que el

² Cfr. RGSt, 57,172 (Sentencia de la sala Cuarta en lo Penal del 3 de enero de 1923).

³ BGHSt, 4, 88, 93, (Sentencia del 22 de enero de 1953 de la Sala Cuarta en lo Penal).

río presentaba corrientes bastante fuertes y peligrosas, pero a pesar de ello, insistieron en ser transportados en la embarcación teniendo en cuenta que la representación de la actividad peligrosa era inminente. El resultado de esta operación, causó la muerte de los dos sujetos, por esta razón fue llevado el caso al tribunal alemán juzgándolo por el delito de homicidio imprudente. El tribunal alemán absuelve al conductor de la embarcación, considerando que no podía hablarse de un delito de homicidio imprudente, toda vez que existía auto responsabilidad del titular, puesto que las acciones de los sujetos que fallecieron, fue voluntaria y consciente y que los peligros que se avecinaban con dicha operación eran previsibles, pero a pesar de ella quisieron ser conducidos a la otra orilla del río. Siendo el anterior fallo, el punto de partida para la doctrina, se procede a tratar el tema de las Acciones a propio riesgo bajo el marco de la normatividad colombiana. El Código Penal Colombiano⁴ -Ley 599 de 2000-, establece que se está frente a la conducta punible cuando: "sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del

⁴ Código Penal Colombiano, Editorial Temis, pág. 13, ley 599 de 2000.

resultado". En cuanto a la primera parte, no hay ningún inconveniente, es en el segundo párrafo donde se intentará confrontar el tema principal, esto es, la atipicidad por acciones a propio riesgo. Este segundo inciso da una vista hacia las tendencias de la legislación colombiana, dentro del cual se contempla el instituto de la imputación objetiva; institución ésta de la cual se parte, para poder estudiar el tema. El fundamento se encuentra desarrollado por la teoría funcional del Dr. Niklass Luhman⁵, sociólogo y abogado quien fundamenta la teoría de la imputación objetiva para establecer la dinámica de las acciones humanas valoradas desde una concepción meramente social, de la actividad o rol y conocimiento que desarrolla una persona en la sociedad para poderle imputar objetivamente la realización de una conducta delictual.

Bajo esta postura, no basta con realizar la adecuación de las acciones típicas, sino que se tiene que elaborar un estudio sobre el conocimiento o rol que desarrollan las personas en la sociedad, y establecer el conocimiento sobre el peligro de las conductas penales. Un ejemplo bastante

⁵ Claudia López Díaz (2006). *Acciones a propio riesgo*, Universidad Externado de Colombia, pág. 33,34,35.

visible se da en la actividad de conducción de vehículos con motor que, como lo establece la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, es una actividad peligrosa, pero a pesar de ser esta una de las actividades peligrosas, debe realizarse una valoración en los casos particulares y concretos, sobre si quien desarrolla esta actividad es diligente e idónea en su actuar, o, por el contrario, aumenta los riesgos jurídicamente permitidos por el entorno social. Esta actividad, a pesar de ser peligrosa, en los casos donde se verifica el cumplimiento de la normatividad establecida en la norma de tránsito, es una actividad lícita declarada. En cambio, cuando se vulnera una norma del estamento de tránsito se está en curso del aumento del riesgo jurídicamente no permitido, es ahí donde se establece la responsabilidad penal por defraudar las expectativas plasmadas por el legislador. Esto se da por ejemplo cuando el conductor de un vehículo automotor excede la velocidad permitida por la ley. Hasta ahí es clara la teoría de la Imputación Objetiva.

Es diferente cuando la carga varía, y quien infringe esta expectativa es la víctima de la conducta, estamos frente a una auto pues-

ta en peligro. Esta persona, desarrolla una actividad peligrosa de manera consciente, esto es, quiere realizar una acción pero sabe que es peligrosa y un tercero es quien favorece la conducta de la cual da como resultado la lesión de un bien jurídico. En el ejemplo planteado anteriormente, si quien conduce el vehículo de automotor, no infringe ninguna de las normas establecidas en la ley de tránsito, y quien actúa de manera peligrosa, voluntaria y consciente es la víctima quien por imprudencia causa un accidente en el cual se le vulnera su salud o aún su vida, no se puede hablar de que el tercero conductor del vehículo se le puede imputar objetivamente el resultado. Es el caso en que la persona conduce un vehículo automotor a la velocidad permitida y bajo todos los presupuestos legales sobre una autopista y debajo de un puente para el tránsito peatonal, se le atraviesa una persona, que a pesar de existir dicho puente peatonal decide atravesar la autopista y es atropellado por el vehículo causándole lesiones en su salud o incluso la muerte. A pesar de que existe un sujeto que atropelló a otro y le causó lesiones en su salud o incluso la muerte, no existe presupuesto legal para **endilgar responsabilidad penal**, puesto que la víctima realizó una

acción a propio riesgo la cual fue atravesar la autopista a pesar de existir un puente para el tránsito peatonal, en este caso la persona defrauda las expectativas que las personas deben desarrollar en una circunstancia similar.

El otro ingrediente que no se ha tocado es el principio de confianza desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal del veinte (20) de abril de dos mil seis (2006). Proceso No 22941⁶ y la sentencia de única instancia, del veintiuno (21) de marzo de 2002, radicado No 14.124⁷ en la cual la Corte ha aclarado:

“1. Como es evidente, la simple relación de causalidad material no es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de un procesado. A ello es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesiva es “obra suya”, o sea, que depende de su comportamiento como ser humano. O, como se dice en el nuevo Código Penal, que plasma expresamente

⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón del veinte (20) de abril de dos mil seis (2006). Proceso No 22941.

⁷ Sentencia de única instancia, del Veintiuno (21) de marzo de 2002, radicado No 14.124.

aquello que desde mucho tiempo atrás se viene exigiendo, “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado” (artículo 9o.).

2. En casos como el analizado, la imputación jurídica -u objetiva- existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores. Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación, el suceso fatal”.

Es importante exponer la tesis, que se desarrolla en la jurisprudencia colombiana, la cual enriquece el tema presentado y además le introduce algunas variables. El principio de confianza debe ser aplicado tanto a la víctima como al victimario, y preponderar de conformidad con la imputación jurídica quién de las dos partes defrauda el principio de confianza y hasta dónde son los alcances de la imputación jurídica, uno de ellos puede ser la concurrencia de conductas, pero en este caso y como lo sostiene

la corte cuando hay concurrencia de culpas se inculpa a quien realizó el aporte definitivo.

Se debe observar que tras la postura de las teorías, es fundamental realizar una valoración sobre la función que cada persona cumple, máxime si la teoría funcional es una de las bases para poder desarrollar la imputación objetiva, entendida función como la contribución que aporta un elemento a la organización o a la acción del conjunto del que forma parte.

En cuanto a la política criminal, juega un papel muy importante partiendo de la base de la imputación, porque el Estado es el que debe desarrollar estas políticas tendientes a recriminar las conductas, de conformidad con la estructura social que tiene una sociedad en un momento y espacio determinado, como lo es la colombiana. En los casos planteados por la jurisprudencia nacional no se puede desconocer las falencias que tiene el sistema normativo para permitir que personas sin conocimientos precarios puedan acceder a las actividades peligrosas tales como la conducción de vehículos automotores, y por consiguiente no se podría hablar de principio de confianza, si el legislador no ha regulado estas actividades.

El desarrollo humano y el medio ambiente¹

The human development and the environment

Albino Segura Penagos²

Gleidis Navajas Jaraba³

Resumen

La participación ciudadana es un elemento que permite la integración del individuo particular con el gobierno y la toma de decisiones. Enmarcado en el sistema político democrático, este mecanismo es una herramienta que contribuye en la búsqueda del desarrollo de las personas desde una perspectiva holística y que genera las posibilidades de coordinar procesos de protección y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, con el fin de dar soluciones al problema del medio ambiente.

Abstract

Civil participation is an element that allows the integration between the person and the government decision-making. Framed in the political democratic system, this mechanism is a tool that contributes in the search of the human development, from a holistic perspective, and that allows to create alternatives for the protection and sustain-

¹ El presente artículo es resultado parcial del informe técnico de la investigación titulada "Participación ciudadana en el ordenamiento de cuencas hidrográficas".

² Docente – Investigador UNIAGRARIA. Especialista en Derecho Público, Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Docencia e Investigación Universitaria, Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Docencia e Investigación Universitaria, Universidad Sergio Arboleda. Candidato a Magíster en Derecho Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: albino.segurapenagos@gmail.com

³ Abogada – Investigadora UAC. Especialista en Derecho Penal Universidad Autónoma de Colombia. Auxiliar de Investigación en el Proyecto. *La Complejidad del Crimen Internacional de Guerra, toma de rehenes*, en el Ámbito Jurídico de Colombia hacia una Justicia Material. Correo electrónico: gleidis@gmail.com

nable use of the natural resources, helping with the search of solutions to the environment problem.

Palabras Claves: Participación ciudadana, Desarrollo, Medio ambiente, Desarrollo Humano, Desarrollo Sostenible.

Key Words: Development, environment, human development, sustainable development.

Introducción

En la actualidad se presenta con bastante importancia el debate en torno al desarrollo de las personas desde una perspectiva más amplia de la económica, involucrando aspectos culturales y de calidad de vida que conlleven a la construcción de nuevos paradigmas en la materia. Así mismo, el medio ambiente ha tomado gran relevancia debido a la inminencia de las consecuencias del calentamiento global y la preocupación por la desaparición de recursos naturales y de especies vivas.

En ambos aspectos, tanto en el desarrollo como en el medio ambiente, el individuo aparece como actor principal en el estudio, bien sea como sujeto de de-

rechos para alcanzar su desarrollo integral o como responsable o damnificado de los efectos ambientales. Por tal razón, su participación cobra relevancia en la búsqueda de propuestas y soluciones para las problemáticas postuladas; y en tal sentido, desde el punto de vista del derecho y de la administración pública, la participación ciudadana se revisa de importancia al permitir la interacción de las comunidades con el gobierno en la construcción de escenarios que mejoren su calidad de vida y preserven los recursos ambientales sin negarse su uso.

Desarrollo y participación ciudadana

El concepto de desarrollo pasa por la búsqueda de la superación y del mejoramiento continuo de las condiciones actuales de una sociedad, bien sea visto desde el punto de vista del individuo o del conglomerado. Es así como el concepto evoluciona a la par de las sociedades, teniendo que dar respuestas a nuevas preguntas y resolviendo nuevas problemáticas que se presentan en los distintos órdenes sociales. Esa evolución del desarrollo también contempla la posibilidad de que los sujetos del mismo participen en la creación de las condiciones

que les permita desarrollarse en los distintos ámbitos humanos.

Con el sesgo del concepto de desarrollo hacia la teoría económica, rápidamente nos vimos inmersos en una especificidad del término, hasta el punto de hablar de desarrollo económico como el único aspecto del desarrollo digno de estudio. Se define, entonces, el *desarrollo económico como aquel que "consiste en crear, dentro de una economía local o regional, la capacidad necesaria para hacer frente a los retos y oportunidades que pueden presentarse en una situación de rápido cambio económico, tecnológico y social"* (Sanchis, 2000). El enfoque economicista involucra tres percepciones acerca de la concepción del desarrollo a saber: como crecimiento, como proceso y como cambio de estructuras (López, 1998). La percepción del crecimiento plantea lo referente al empleo y la plena utilización de la capacidad productiva instalada, el fomento a la demanda y la evolución de la actividad económica.

El concepto de desarrollo integral (Sunkel, 1980) se intenta introducir vinculando diferentes elementos que en sí mismos explican al desarrollo de las sociedades. Así, conceptos como cultura, valores, nivel de vida, estructura política y

organización social, se equiparan a conceptos ya trabajados desde la economía y la empresa tales como capacidad productiva, productividad del trabajador y renta. Para que haya lugar al desarrollo cada uno de estos elementos deberá transformarse y expandirse.

Tal evolución del concepto de desarrollo ha privilegiado el estudio de un conjunto de características que determinan la forma de estar de las personas. Así mismo, el cambio en el paradigma del desarrollo ha modificado la manera en cómo las autoridades y gobiernos lo van a abordar; en tal sentido definiciones de desarrollo humano, particularmente la presentada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, determinan los indicadores que miden el desarrollo de cada país.

Así pues, el PNUD plantea que el "proceso de desarrollo debe por lo menos crear un ambiente propicio para que las personas puedan desarrollar todos sus potenciales y contar con una oportunidad razonable de llevar una vida productiva y creativa conforme a sus necesidades e intereses" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, 1992). En esa misma línea, Amartya Sen (2000) incorpora la libertad al concepto del desarrollo,

entendiendo a éste como “el proceso de expansión de libertades reales de que disfrutaran los individuos”, abriendo el concepto a las capacidades que tienen los individuos para crecer y evolucionar. Finalmente, la discusión tiende a llevarnos a un cambio de paradigma en las ciencias sociales, para dejar de pensar en la construcción de modelos de desarrollo económico, para pasar a la búsqueda de un modo de desarrollo humano, entendiéndolo “como la forma específica que tiene una sociedad para satisfacer las necesidades espirituales, sociales, y materiales de sus miembros” (Silva-Colmenares, 2002).

Se entiende entonces que el desarrollo, como proceso, debe integrar varias dimensiones de la sociedad para garantizar la realización del individuo. Sin embargo, la construcción del “ambiente propicio” y la “expansión de libertades” para el desarrollo, deben ser otorgados por el sistema político en el que se encuentran inmersas las sociedades; el conjunto de normas debe corresponder con la meta del desarrollo humano de cada individuo, y como el desarrollo está determinado por las necesidades e intereses particulares, ellos se deben ver reflejados en

dicha normativa y los ciudadanos tener la capacidad tanto de construirla como de denunciarla cuando ésta no cumple el cometido de proporcionar las condiciones para el desarrollo.

Desde una visión local del desarrollo, todos los esfuerzos para el correcto desarrollo social deben hacerse pensando desde adentro hacia fuera y no al contrario como se ha venido implementando hasta ahora desde una perspectiva de crecimiento económico polarizado; es decir, todos los planes de desarrollo de los países deben girar en torno a sus reales condiciones, a una oferta y demanda lógicas de alcances de mercado y pugnando por satisfacer en principio las necesidades básicas de la población en general. El Estado tendría responsabilidades macroeconómicas y normativas generales en torno a la estabilidad nacional y los entes regionales propenderían por las políticas microeconómicas y normativas particulares que generen mayores índices de empleo, una cultura emprendedora participativa, un conjunto de leyes que permita la satisfacción de las necesidades y mecanismos que faciliten la participación de los individuos en la construcción de los cimientos del desarrollo.

Por lo anterior, se puede pretender que la participación ciudadana representa una condición indispensable para alcanzar el desarrollo, en tanto la formulación de políticas públicas va a estar estrechamente relacionada con las necesidades y los sentires de la población, con sus demandas más urgentes y con la visión de sociedad de la comunidad en su conjunto.

La participación ciudadana tiene mayor visibilidad y repercusión en procesos de desarrollo local que en los de ámbito nacional, puesto que en el contexto local existe un conjunto de características comunes que le permiten a la comunidad identificar los principales inconvenientes que impiden la satisfacción de sus necesidades, y de esta forma darle solución con mayor rapidez. Atendiendo a lo anterior, resulta necesario entonces dar una mirada al desarrollo en un contexto local.

El desarrollo, desde lo local, busca estimular y fomentar el crecimiento económico, crear empleo, renta y riqueza y sobre todo mejorar la calidad de vida y el bienestar social de la comunidad local (Pérez Ramírez & Carrillo, 2000), por medio de su participación en la elaboración, de-

sarrollo y veeduría de proyectos de desarrollo y políticas públicas.

El desarrollo humano y la jurisprudencia colombiana

El Desarrollo Humano tiene una relación necesaria con los derechos humanos en materia Internacional, nos aparece evidenciado en los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC)⁴, como un principio de no regresividad, que se debe exigir de forma progresiva para la garantía que tienen todos los asociados como derecho al desarrollo. En Colombia se manifiesta en varias oportunidades en la Carta Constitucional de 1991 en múltiples artículos y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como máximo intérprete de ésta.

Cuando se manifiesta que el Desarrollo Humano es un derecho que recae exclusivamente en la persona, que puede ejercerlo para garantizar sus derechos individuales como el derecho a "la vida, dignidad humana, a la libertad"⁵ todos ellos consagrados en la Carta Constitucional como derechos fundamentales,

⁴ Comité de DESC, ONU. (1990) Observación General No.13 sobre el derecho a la educación.

⁵ Carta Constitucional de 1991. Preámbulo, Art 11, 13.

y así mismo enunciados y protegidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como básicos de toda persona sin distinción por su lengua, religión, etnia o género y como lo afirman Morales (2001)⁶ y García Amado (2001)⁷, en la concepción clásica de los derechos humanos donde define como destinatario a la persona y que este carácter individualista no puede aplicarse a la colectividad, están bien cierto que existen normas jurídicas⁸ que atribuyen derechos a sujetos colectivos, Jáuregui (2001) explica, según su denominación, los destinatarios de los derechos humanos, sus titulares, son siempre los individuos, los seres hu-

⁶ Morales, Sergio (2001). *Crisis del Estado de Derecho y Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas*. En Instituto Bartolomé de las Casas, Una Discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Editorial Dykinson.

⁷ García, Amado, J.A. (2001). *Derechos Colectivos Dilemas, Enigmas y Quimeras*. En Instituto Bartolomé de las Casas, Una discusión sobre Derechos Colectivos (P.P. 27-58). Madrid: Editorial Dykinson.

⁸ El término **normas jurídicas** está plasmado en varios documentos de carácter internacional como son: la Declaración Universal de los Derechos Colectivos de los Pueblos (ONU, 1986), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

manos. No es posible entender la existencia de derechos humanos si ellos no tienen como objetivo el principio *pro homine* y el principio de progresividad, sin embargo otros derechos de carácter social, político o de carácter colectivo merecen igual protección por parte de todos los Estados.

El desarrollo en la Constitución colombiana de 1991

La Constitución de 1991 fue el resultado de un ejercicio democrático y participativo del pueblo, quien se manifestó en su debida oportunidad para integrar la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, quien tendría a su cargo la labor de crear la nueva Constitución con un alto contenido social, basada en la solidaridad y el bienestar general, dando como resultado la Constitución de 1991 que consagra el artículo 1o. como pilar fundamental el Estado Social de Derecho y la Dignidad Humana para cumplir con ello los fines de sus asociados y promover el desarrollo de éstos.

El desarrollo en Colombia aparece inmerso en varios artículos de la Constitución de 1991, en particular en los arts. 344 y 366, todos ellos orientados a la distribución de oportunidades de desarrollo.

En cuanto al desarrollo humano de manera específica lo hace el art. 344, donde surge la obligación para el Estado, siendo este responsable del desarrollo para mantener y no afectar el equilibrio en el ecosistema, con los modelos propuestos de desarrollo que tengan una garantía para los asociados de sostenibilidad⁹ sin atentar contra el medio ambiente.

El maestro Opschoor (1996) escribió "la naturaleza provee a la sociedad de lo que puede ser denominado frontera de posibilidad de utilización ambiental, definida esta como las posibilidades de producción que son compatibles con las restricciones del metabolismo derivados de la preocupación por el bienestar futuro, restricciones o límites que incluyen procesos tales como capacidad de regeneración de recursos, ciclos biogeoquímicos y capacidad de absorción de desechos"¹⁰. Esta es una dimen-

⁹ Para una definición de sostenibilidad, véanse los principios 1, 8, 9, 10, 12, y 15 de la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en informe de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de Junio de 1992; y el Programa 21, en particular los principios 5.3, 7.27, 7.28, 7.35, 7.39, 7.41, 18.3, 18.8, 18.35, 18.40, 18.48, 18.50, 18.59 y 18.68.

¹⁰ Opschoor, H (1996). *Sustainability, Economic Restructuring and Social Change*. La Haya: ISS.

sión que debe tener el desarrollo en Colombia, como se desprende del "principio de igualdad material, es decir, de igual real y efectiva... y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano y un orden social y político justo" (C-044-2004). El art. 366 manifiesta que "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable"¹¹. El constituyente de 1991 le da un carácter prioritario al componente social para que contribuya con el mejoramiento de las condiciones de vida y solucionar las necesidades básicas insatisfechas en educación, salud, saneamiento básico integrando todo esto con la igualdad de oportunidades que deben tener los asociados para una distribución equitativa en beneficio del desarrollo.

Jurisprudencia Constitucional relativa al Desarrollo Humano

La jurisprudencia constitucional ha expuesto en varias oportunidades la importancia del de-

¹¹ Art. 366 Constitución Política de 1991.

sarrollo desde todos los puntos de vista como son: el desarrollo sostenible, la función ecológica de la Constitución, el derecho al desarrollo como de tercera generación, la participación ciudadana como elemento primordial del desarrollo humano, la estructura del Estado frente al desarrollo humano, la educación como elemento esencial del desarrollo humano¹², "ello evidencia que el desarrollo humano se erige como un principio constitucional, un objetivo del Estado justificado en la persona y la dignidad humana como cimiento de la carta del 91"¹³.

En este orden de ideas, sentencias como la T-439-93 que han desarrollado tesis sobre el desarrollo humano que le da "alcance de la educación como factor de desarrollo humano; el ejercicio del derecho a la educación es uno de los elementos indispensables para que el individuo adquiera las herramientas que le permitan, en forma eficaz, desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información que existe a su alrededor, a más de ampliar sus conocimientos a medida que

avanza en su desarrollo como ser humano. El derecho a la educación superior, va aparejado con la existencia de un deber jurídico a cargo del Estado, de proporcionar a cada individuo las oportunidades necesarias para educarse; es así como el inciso 4o. del artículo 69, de la Constitución Nacional establece que el Estado se encuentra obligado a facilitar los recursos financieros necesarios para que todas las personas tengan acceso a la educación superior, siempre que sean aptas para ello."¹⁴. Además de esta sentencia se evidencia en la T-780-99 donde además de la educación se resalta la importancia de una profesión u oficio como factores de desarrollo humano.

El derecho al desarrollo como de tercera generación se analiza en la sentencia T-008-92, siendo ella la sentencia fundadora al reconocer derecho al desarrollo como de tercera generación, a su vez la sentencia C-225-03 señala que "A la par con el derecho al desarrollo, a la paz y a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, la asistencia humanitaria hace parte de los derechos humanos denominados "*derechos de solidaridad de tercera generación*", y la participación ciudadana como elemento del

¹² Fajardo Arturo, Luis A. *El Desarrollo Humano en Colombia*, Civilizar Enero-Junio 2007. Pág. 80.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Sentencia de T-439-93.

desarrollo humano, que es un artifice esencial para el logro de los fines de cualquier Estado democrático y participativo como elemento de desarrollo. En la sentencia C-643-00 sostuvo la Corte Constitucional que “intervención ciudadana se entiende aplicada hacia la conformación, ejercicio y control del poder político, como un derecho político de estirpe constitucional (C.P., art. 40) esencial para el desarrollo de la organización política y social y a la vez inherente al desarrollo humano. En ese orden de ideas, la participación ciudadana en la vida política, cívica y comunitaria debe observarse como un deber tanto de la persona como del ciudadano (C.P., art. 95); de esta manera, el principio de participación democrática más allá de comportamiento social y políticamente deseado para la toma de las decisiones colectivas, ha llegado a identificarse constitucionalmente, como principio fundante y fin esencial de Estado social de derecho colombiano (C.P., Preámbulo y arts. 1 y 2).”

La Corte Constitucional ha reconocido el desarrollo humano como un derecho de tercera generación de una manera muy conceptual, desarrollo que se queda hasta el momento en los documentos internacionales y

en los adheridos por Colombia de una forma referencial sin una aplicación real y efectiva para sus asociados colombianos, está en el llamado desarrollo integral como un concepto especial para que el desarrollo humano tenga una efectivización de sus derechos referentes al desarrollo humano tal como se establece en la sentencia (T-259-96).

Participación ciudadana y medio ambiente

Uno de los componentes del desarrollo integral que más importancia ha cobrado en el último tiempo es el referido al medio ambiente, debatiéndose en torno a su conservación y aprovechamiento. El concepto de Desarrollo Sostenible es, quizá, el más referenciado cuando se habla de soluciones a la grave crisis ambiental; surge en 1987 en el informe “Nuestro Futuro Común” o Informe Brundtland (denominado así por el apellido de la presidenta de la comisión, Gro Harlem Brundtland), elaborado por la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo. El informe Brundtland fue el documento antecedente a la Cumbre de Río de Janeiro, celebrada en 1992 conocida también como la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

llo. Así, en el informe se habla del Desarrollo Sostenible como “la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la de las generaciones futuras” (Comisión Brundtland, 1987). De esta forma, se plantea la necesidad de preservar los ecosistemas mediante un uso más racional de los recursos naturales, pero sin proponer siquiera una revisión del modelo económico.

Entre el concepto de Desarrollo Sostenible, presentado por el Informe, y su antecesor, el “ecodesarrollo”, hay una gran diferencia. El Ecodesarrollo planteaba “conciliar el aumento de la producción, que tan perentoriamente reclamaban los países del tercer mundo, con el respeto a los ecosistemas necesarios para mantener las condiciones de habitabilidad de la tierra” (Amortegui Sanabria & Calderon, 2007), mientras el Desarrollo Sostenible establece su límite en el problema de la conservación, sin entrar a mirar el problema de la desigualdad y de la pobreza mundiales.

El Desarrollo Sostenible ha de considerar, pues, elementos que van más allá de los puramente económicos y tener en cuenta reflexiones más cercanas al comportamiento de las personas y su interacción dentro de la sociedad y de ésta con

la naturaleza. De esta forma, el Desarrollo Sostenible se orientaría hacia un “proceso dinámico que requiere de cambios estructurales en los sistemas productivos, los estilos de consumo, las formas de gestión y las formas de comportamiento social” (Pulido, 2000).

Función ecológica y social de la propiedad

La función ecológica y social de la propiedad la ha abordado la Corte Constitucional en varias jurisprudencias, de ella se ha dicho que, “*puede definirse a la propiedad privada como el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias*”. C-189-06, también se le atribuyen ciertas características entre las cuales, se pueden destacar las siguientes: “(i) *Es un derecho pleno porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un derecho exclusivo en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la in-*

tromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso; (iv) Es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) Es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas.” C-189-06.

Si bien es cierto que es un derecho real que se otorga sobre una cosa y siendo este respetado por todas las personas, también es cierto que, La Constitución Política de 1991, en el artículo 58, al recoger el criterio funcionalista de la propiedad¹⁵, la reconoce como un derecho económico que apunta primordialmente a garantizar la participación del propietario en la organización y desarrollo de un sistema económico-social, mediante el cual se pretende lo-

¹⁵ Sentencia C-595 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

gar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, que se traducen en servir a la comunidad, promover la prosperidad general, estimular el desarrollo económico y lograr la defensa del medio ambiente (C.P. arts. 2, 8, 58, 79 y 80). Al realizar un análisis sistemático y armónico del articulado en la Constitución de 1991, encontramos normas que orientan la concepción ecologista, lo podemos observar en los artículos 2, 8, 49, 58, 63, 67, 79, 80, 95-8, 277-4, 289, 300-2, 313-9, 317, 331, 333, 334 y 366, todos ellos en procura de la conservación del ambiente y de las riquezas ecológicas y naturales de todo el Estado Colombiano, con ello se manifiesta que es un objetivo del Estado la protección al ambiente.

El artículo 58 de la Constitución Política de 1991 consagra que la propiedad privada debe tener una función ecológica y social, funciones que deben ser analizadas a la luz de la Constitución actual, en un comienzo en el derecho romano fue concebido bajo una estructura sagrada, absoluta e inviolable¹⁶, que a pesar de ser abandonada en la época feudal por razón de la restricción del co-

¹⁶ Petit. Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 9ª Edición. Ediciones jurídicas. Buenos Aires. Pág. 229 y subsiguientes.

mercio¹⁷, fue retomada al amparo del triunfo de las revoluciones burguesas, configurándose en ese momento como un derecho natural de los ciudadanos contra la opresión del monarca. De esta forma el derecho a la propiedad, aseguró a cada hombre un espacio exclusivo e imperturbable en el que no existía injerencia alguna sobre sus bienes, y que garantizaba un poder irrestricto y autónomo sobre sus posesiones.

Sin embargo, esa noción clásica de la propiedad, que se inscribe en una concepción individualista, progresivamente fue cediendo a las exigencias de justicia social y de desarrollo económico sostenible, que le imprimieron una importante variación en su concepción, pues pasó de ser considerada como un derecho absoluto para convertirse en un derecho relativo, susceptible de limitación o restricción, en aras de hacer efectivos los intereses públicos o sociales que priman en la sociedad¹⁸. La Ley

¹⁷ Véase, Galgano. Francesco. *Historia del Derecho Mercantil*. Editorial Laia. Barcelona. 1980. Ascarelli. Tulio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Editorial Bosch. Barcelona.. 1964.

¹⁸ Así se sostuvo en sentencia T-245 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), en los siguientes términos: “En el derecho moderno, se reconoce a la propiedad como un derecho relativo y no absoluto, como resultado de la evolución de principios de

99 de 1993 en su artículo 107. “Declárense de utilidad pública e interés social la adquisición por negociación directa o por expropiación de bienes de propiedad privada, o la imposición de servidumbres, que sean necesarias para la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y manejo del medio ambiente y los recursos naturales renovables, conforme a los procedimientos que establece la ley.”¹⁹ También manifiesta esta Ley que “las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares y son motivos de utilidad pública en interés social para la adquisición, por enajenación voluntaria o mediante expropiación, de los bienes inmuebles rurales o urbanos, patrimoniales de entidades de derecho público o demás derechos que estuvieran constituidos sobre esos mismos bienes; además de los determinados en otras leyes, de allí podemos concluir que la propiedad es un de-

orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios”.

¹⁹ Ley 99 de 1993. Artículo 107. Utilidad Pública e Interés Social, Función Ecológica de la Propiedad.

recho fundamental económico y social a la vez. En consecuencia la posibilidad de considerarlo como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio, esto quiere decir que solo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida²⁰, a la dignidad, libertad²¹ y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental.

Sin embargo la Constitución prescribe que a la propiedad le corresponde cumplir funciones sociales y ecológicas que además de ser inherentes al reconocimiento del citado derecho con-

²⁰ El derecho a la vida es la garantía individual fundamental, que puede considerarse la condición de posibilidad de todos los demás derechos humanos, los cuales solo tienen sentido y razón de ser en la medida en que se prediquen y se practiquen a partir de la existencia autónoma y digna de la persona. Ver en Segura y otros. (2007)

²¹ Es la facultad moral que distingue al ser humano de las demás especies vivientes y que consiste en la capacidad de elegir, mediante el uso de la razón, entre diversos medios y fines, para crear así los estilos de vida o cursos de acción, las relaciones intersubjetivas y las estructuras sociales que constituyen las culturas y la historia. Ver en Segura (2007)

ducen a la imposición de obligaciones que legitiman su ejercicio del mismo modo, en reconocimiento de la función social que le confiere la Constitución, en consecuencia la propiedad privada también puede ser gravada por el Estado de acuerdo con los criterios de justicia y equidad (C.P. arts. 95-9 y 338), tal y como ocurre con la potestad de los municipios de imponer tributos a la propiedad inmueble prevista en el artículo 317 Superior²².

Mecanismos de participación ciudadana en el medio ambiente

Siendo el ambiente un bien de uso público, administrado por

²² Dispone la norma en cita: *“Sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Lo anterior no obsta para que otras entidades impongan contribución de valorización. // la ley determinará un porcentaje de estos tributos, que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes, a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de los municipios del área de su jurisdicción”* Así, por ejemplo, en sentencia C-275 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), esta Corporación manifestó que el derecho a la propiedad privada *“no es en modo alguno de carácter absoluto y su reconocimiento constitucional no comporta la inmunidad del dueño ante la potestad del Estado de imponer tributos que tornen por base la propiedad”*.

el Estado, sobre el cual existe también para los particulares el deber de preservarlo (art. 8 C.P.), tiene que legitimarse la participación ciudadana por ser la ciudadanía la afectada en el mal uso de los recursos naturales renovables²³, el Decreto 2811 de 1974 Artículo 2, "Fundado en el principio de que el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos"²⁴. El Código de Recursos Naturales Reno-

²³ En la Declaración de Estocolmo también se encuentra esta idea, fundamentalmente en los principios 2,3 y 5 y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974), hace importantes aportes a la responsabilidad comunes de la comunidad internacional. También la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (1976) en apartado II dice: "el medio ambiente es patrimonio común de la humanidad, y su protección incumbe a toda la comunidad internacional". Jaquenod De Zsogón. El derecho Ambiental..., cit.,p.371.

²⁴ El 6 de mayo de 1968, en el texto internacional de la Carta del Agua proclamada por el Consejo de Europa. En esta se declara que el agua es un patrimonio común cuyo valor debe ser reconocido por todos (Principio 10) y añade que se trata de un recurso común de las naciones y requiere de la colaboración internacional (Principio 12) También la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (1976) en el apartado II dice: "el medio ambiente es patrimonio común de la humanidad, y su protección incumbe a toda la comunidad internacional". *Ibid.*,p.370.

vables permite la máxima participación de la comunidad, en la Declaración de Río de Janeiro en 1992, se le permitiría a la población acceder a la información en materia ambiental para conseguir una eficaz participación.

La Ley 99 de 1993 en su artículo 1 numeral 12, consagró de manera expresa "El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático, y participativo. Es también cierto que el artículo 79 de Constitución Política consagró el derecho a la participación ciudadana en las decisiones que puedan llegar a afectar el ambiente, en la Ley 99 de 1993, en su Título X denominado "DE LOS MODOS Y PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA" los (artículos 69 a 72), Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales. La participación ciudadana ha tenido bastante aplicación en los casos de explotación o uso de los

recursos naturales en los lugares ocupados por las comunidades indígenas o negras, la Ley 99 de 1993 lo consagró en el artículo 76. "DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades". Es la forma como la normatividad Colombiana integra la participación del ciudadano con el medio ambiente.

Conclusiones

El ciudadano es, sin duda, un elemento necesario para el fortalecimiento de las democracias actuales, la efectividad en la construcción de políticas públicas y la vigilancia en los proyectos de desarrollo. La acción política de los ciudadanos dirigida a la satisfacción de sus intereses particulares, debe estar mediada por los mecanismos que faciliten y prioricen su participación, de allí la importancia de que esté contemplada por la ley.

Tal mecanismo, contemplado por la ley, empodera a los ciudadanos y les permite construir escenarios en los que la comunidad pueda desarrollarse de manera integral y satisfactoria, generando la infraestructura necesaria para tal fin y en armonía con su derecho a un ambiente sano.

Los nuevos conceptos sobre el desarrollo humano han privilegiado la participación de las personas en los procesos de toma de decisiones, promoviendo la búsqueda del desarrollo de los individuos desde diferentes perspectivas y atendiendo diferentes necesidades, sobrepasando el simple concepto de crecimiento económico y redistribución de las rentas.

Finalmente, la interacción del hombre con su entorno plantea la imperante necesidad de la concertación de acciones que tiendan a la protección de los espacios de habitación de las comunidades, los recursos explotables y los recursos que serán el sustento de las generaciones futuras. Estas decisiones han de ser mediadas por procesos de participación en los cuales las comunidades planteen su visión particular desde lo local y se armonice con la problemática ge-

neral mundial de la protección al medio ambiente.

Bibliografía

Fajardo, L. A. El Desarrollo Humano en Colombia. En Revista Civilizar enero-junio 2007: 80.

Galgano, F. (1980). *Historia del Derecho Mercantil*. Editorial Laia. Barcelona.

Ascarelli, Tulio. (1964). *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Editorial Bosch. Barcelona.

García, Amado, J.A. (2001), Derechos Colectivos Dilemas, Enigmas y Quimeras. En Instituto Bartolomé de las Casas, *Una discusión sobre Derechos Colectivos* (P.P. 27-58). Madrid: Editorial Dykinson.

González Villa, J. E. *Derecho Ambiental Colombiano*. Parte general Tomo I.

Gutiérrez Castañeda, G. (1997). Imaginarios colectivos: una perspectiva para pensar la cultura política. *II Congreso del CLAD*. Isla Margarita.

Huertas Díaz, O. y otros. El Derecho al Agua como Derecho Social y su Desarrollo e Implementación en el siglo XXI. En Revista *Elementos de Juicio*. Número 10. octubre-diciembre 2008. Págs. 313-338.

López, E. (1998). Desarrollismo. En N. Bobbio, I. Matteucci, &

G. Pasquino, *Diccionario de Política vol. 1*. México: Siglo Veintiuno Editores.

Morales, Sergio (2001). Crisis del Estado de Derecho y Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas. En Instituto Bartolomé de las Casas, *Una Discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Editorial Dykinson.

Muñoz Angulo, L. G., & Torres Pérez, J. M. (2007). *Diseño de un modelo particular de una agencia de desarrollo económico local en el distrito de riego del alto del río Chicamocha – Adel Boyacá (Trabajo de grado)*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

Muñoz, B. (1998). La política social y la participación ciudadana desde la óptica de la antropología social. La irreductibilidad de la política. *Última Década*, No. 009, 2-18.

Opschoor, H. (1996). *Sustainability, Economic Restructuring and Social Change*. La Haya: ISS.

Pasquino, G. (1998). Participación política, grupos y movimientos. En G. Pasquino, *Manual de ciencia política* (págs. 179-215). Madrid: Alianza editorial.

Pérez Ramírez, B., & Carrillo, E. (2000). El Modelo Teórico del desarrollo Local. En B. Pérez Ramírez, *Desarrollo Local: Manual de Uso* (págs. 25-56). Madrid: ESIC Editorial.

Programa de las Naciones Uni-

das para el Desarrollo - PNUD. (1992). *Desarrollo Humano: informe 1992*. Bogotá: Tercer Mundo.

Pulido, J. L. (2000). *Planificación y Gestión del Desarrollo Turístico en Espacios Naturales Protegidos. Documentos de Trabajo, Seria A, No. 200002*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares.

Sanchis, J. R. (2000). Estrategias de desarrollo local. *Revista Cepal*, 145-156.

Sartori, G. (1992). *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza Editorial.

Segura Penagos, A y otros. (2007). *El derecho a la vida en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Segura Penagos, A y otros. (2007). *La libertad personal en el derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Bogotá: Planeta.

Silva-Colmenares, J. (2002). Hacia el desarrollo humano con libertad y felicidad. En *Revista Economía y Desarrollo*, 73-99.

Sunkel, O. (1980). La Integración entre los Estilos de Desarrollo y el Medio Ambiente en la América Latina. En O. Sunkel, & N. (. Giglo, *Estilos de Desarrollo y Medio Ambiente en la América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.

Verdesoto, L. (1997). *La participación popular como reforma de la política*. La Paz: MDH/SNPP.

Normatividad internacional

Asamblea General ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Asamblea General ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos*.

Consejo de Europa. (1968). *Carta del Agua*.

ONU. (1972). *Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano*.

Asamblea General ONU. (1974). *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*.

Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (1976) en apartado II.

Asamblea General ONU. (1986). *Declaración Universal de los Derechos Colectivos de los Pueblos*.

Comité de DESC, ONU. (1990) *Observación General No.13 sobre el Derecho a la Educación*.

ONU. *Declaración de Río de Janeiro (1992)*.

Normas nacionales

Constitución Política de Colombia (1991). Legis, Bogotá.

Congreso de la República. (1973). *Ley 23 de 1973*. Diario Oficial, Imprenta Nacional, Bogotá.

Congreso de la República. (1974). Decreto 2811 de 1974. Diario Oficial, Imprenta Nacional, Bogotá.

Congreso de la República. (1993). Ley 99 de 1993. Diario Oficial, Imprenta Nacional, Bogotá.

Congreso de la República. (1994). Ley 134 de 1994. Diario Oficial, Imprenta Nacional, Bogotá.

Jurisprudencia constitucional

Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/providencia.php> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-008/92 MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-524/92 MP. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-439/93 MP. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-573/95 MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-259/96 MP. Julio César Ortiz Gutiérrez.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-452/97 MP. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-780/99 MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-954/03 MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-294/04 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-933/05 MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-787/06 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-401/95 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-560/97 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-126/98 MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-430/00 MP. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-255/03 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-044/04 MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-114/05 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-189/06 MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-240/06 MP. Álvaro Tafur Galvis.

La descentralización del desarrollo local: el problema entre el ser y el estar. El caso de la construcción y ejecución de los planes de desarrollo local en Bogotá¹

The decentralization of local development: the problem between being and being. The case of the construction and performance of the local development plans in Bogotá city

Ivonne Alexandra Bohórquez Alfonso²

Resumen

El desarrollo local se encuentra directamente relacionado con los esquemas de gestión de las funciones públicas por la administración pública, lo que significa que debe hacerse una distribución clara de responsabilidades, competencias y alcances de lo que cada nivel de la administración debe hacer sobre un territorio y problemáticas específicas. En Colombia esta distribución hace referencia a los modelos de descentralización, desconcentración y delegación. En el caso de Bogotá, el desarrollo de ellos es precario y se desarrolla bajo la puesta en escena de procedimientos ineficientes en relación con la asignación de recursos de inversión y resolución final de las problemáticas relacionadas con el desarrollo local. Uno de los mejores ejemplos de este hecho se encuentra en la construcción y ejecución de los planes de desarrollo local para cada una de las localidades de Bogotá.

Abstract

The local development is directly related to the management structures of public functions by public authorities, which means you must be a clear division of responsibilities, powers and scope of what each level of administration should be done on a territory and specific pro-

¹ Ponencia presentada en el VIII Seminario Internacional ACIUR, Medellín, 2008.

² Docente, Facultad de Derecho, Uniagraria.

blems. In Colombia this distribution refers to the models of decentralization, deconcentration and delegation. In the case of Bogota, the development of them is poor and developed under the staging of inefficient procedures in relation to the allocation of investment resources and final resolution of issues relating to local development. One of the best examples of this fact lies in the construction and implementation of local development plans for each of the cities of Bogotá.

Palabras claves: Desarrollo local, descentralización, desconcentración, planes de desarrollo local.

Key Words: The local development, decentralization, devolution, local development plans.

Ser o no ser... es sin lugar a dudas una incertidumbre agobiante no solamente para Hamlet, también lo es de modo singular y recurrente para la unidad de gestión de asuntos al interior del territorio bogotano, la localidad. Su traducción: descentralización o desconcentración... esa es la cuestión.

Desde cuando la Constitución de 1991 estableció el régimen especial para el Distrito Capital, esta pregunta se ha puesto en una pausa pasmosa por diferen-

tes gobernantes de la ciudad, no solamente por cuenta del enrevesado mundo normativo que le acusa, sino por sus implicaciones respecto del "control" sobre variables políticas y presupuestales en asuntos prioritarios del escenario local y por supuesto, en la contratación y ejecución de estos recursos.

Numerosos argumentos han surgido a favor y en contra de entregar una mayor autonomía a las administraciones locales, así como debates colaterales a la sustancia de este tema: cuántas localidades debe tener la ciudad y la articulación entre la gestión Distrital y Local, es decir, las competencias de cada una. Sobre la marcha se han ido solucionando algunas de las disonancias mientras Bogotá es "capaz" de asumir el reto de la postrera definición de su esquema territorial: correspondencia entre las líneas de inversión, la organización de esquemas y metodologías para que la participación tenga incidencia en las decisiones públicas y la forma como se debe incentivar a los ciudadanos en este propósito, la disposición de un banco de programas y proyectos locales, el quehacer conjunto por diferentes niveles de la administración distrital, entre otros temas.

Mientras tanto, los paños de agua no ahogan el problema de fondo y cada burgomaestre se pregunta incesante ¿qué hacer con las localidades? En nuestra disertación entendemos que la capital del país se define entre el ser y el estar: la descentralización y la desconcentración de funciones. A lo largo de la presente revisión, argumentaremos que la autonomía (ser) se relaciona directamente con la posibilidad de hacer de acuerdo a las necesidades de una población en un territorio específico, como esencia de la descentralización y para lograr un verdadero desarrollo local; lo contrario, la subordinación de esta autonomía desde el centro para hacer (simplemente estar), se convierte en un problema de responsabilidades, múltiples actores e institucionalidad de control, que no es otra cosa que desconcentración.

¿Es por sí mismo un problema la indefinición entre el ser y el estar en la relación de la función pública en la localidad? No tendría porqué serlo si al fin y al cabo a la luz de los principios constitucionales de un Estado Social de Derecho, la responsabilidad pública no puede ser distorsionada por la ausencia de un derecho formal sobre la condición de atribuciones en un territorio especí-

fico y respecto de una población particular; sin embargo, también argumentaremos cómo desde la perspectiva del desarrollo local, el tema formal si resulta definitivo en la asignación de responsabilidades puntuales sobre la función de la administración pública en Bogotá y, por supuesto en los resultados que esta función acomete para la población.

Ahora bien, dado que las acciones públicas resultan en la modificación de las realidades sociales existentes, podemos también responder a la pregunta de si ¿la magnitud de los esfuerzos desatados es congruente respecto de los resultados obtenidos?

Del principio y del fin del desarrollo local

Lo que subyace tras el concepto de desarrollo local es diverso y ambiguo. Sin duda alguna, la derivación desde "crecimiento económico" hacia "desarrollo" es de hecho una transformación de las tres variopintos respecto de cómo se debe enfocar el hecho de que la economía tiene una finalidad y que, dentro de su finalidad capitalista, está el de la acumulación.

Las mejores emulaciones sobre cómo se ha dado un salto cuali-

tativo en torno a la manera como debemos concebir el hecho de que unos seamos pobres y otros ricos, está en custodia de diversos informes del Banco Mundial y por supuesto de robustos técnicos o mejor, técnicos robustecidos gracias a que los modelos y las regresiones económicas afirman que el mundo es cada vez un mejor lugar para vivir. El centro del asunto es que transformar la tendencia de considerar que había países ricos gracias a que eran capaces de acumular capital –y por ello– crecer económicamente, pasa por poder decir que hay países desarrollados que tuvieron condiciones de base que les permitió históricamente desplegar procesos que terminaron con la mayor acumulación de riqueza. Zorro (2006) explica:

El concepto de desarrollo ha sido ampliamente debatido desde hace más de sesenta años... mientras la teoría ha tendido a dar un giro desde la concepción que lo identifica con el crecimiento económico, en los planteamientos originales de las escuelas neokeynesiana y neoclásica, hasta los planteamientos que lo asimilan a una ampliación de las posibilidades de elección entre múltiples opciones para la realización individual y social (incremento de las libertades del ser

humano), la práctica de los gobiernos y de la mayor parte de los organismos internacionales continúa aferrada a las visiones que lo definen desde una perspectiva puramente económica. (p: 164).

El problema entonces, no es la cantidad de recursos disponibles de acuerdo con el grado de acumulación de un país, sino que la inversión de estos recursos lleve a mejores resultados para la generación de riqueza general en el mismo, esos resultados ahora se relacionan con un cambio respecto de la construcción de un futuro deseado.

En primer lugar habría que distinguir dos usos habituales del término desarrollo: desarrollo como la situación que se espera alcanzar (situación deseada, situación – objetivo) y el desarrollo como el proceso que va de la situación actual a la situación deseada... atendiendo a esta distinción, un proceso de desarrollo será tal si los cambios en la situación de partida se aproximan a la situación deseada o situación objetivo... los puntos clave de debate son la definición de la situación deseada o situación objetivo y la definición de mecanismos, instrumentos y políticas que permiten llegar a ella. (Villegas et. al., 1995. p: 37)

En medio hay cuestiones diversas: la distribución de la riqueza, la capacidad del sistema (económico) de integrar a quienes tradicionalmente han estado por fuera, las oportunidades para quienes se integran, las capacidades individuales y colectivas, la garantía por las condiciones de vida de los habitantes, la eficacia y eficiencia del Estado... en fin, un sinnúmero de cuestiones quedan inmersas dentro de la definición del desarrollo, se involucran más actores y sus roles se complejizan.

Como en toda teoría que se respete hay derecho de réplica y esta no es la excepción. El tema del desarrollo se replicó en diferentes escalas de estudio y así pasó del estrado internacional a ser un asunto de los Estados en general y por supuesto del ámbito local. Es en este último que recobra un sentido paradójico de ambigüedad: si bien la teoría del desarrollo está ligada a los márgenes más radicales de la defensa liberal del capitalismo a nivel mundial y un poco con la globalización, sus particularidades desde lo local la reivindican como baluarte en la lucha por el reconocimiento de la pluralidad e incluso de la salida del mercado de ciertos bienes y servicios directamente ligados con la pro-

tección del desarrollo de comunidades autóctonas y sus propias tradiciones (Escobar, 1999).

En este punto, el desarrollo deja de ser un problema netamente económico para ocupar su lugar dentro de la sociología, la antropología e incluso la filosofía; por supuesto y gracias a que desde su inicio se presenta como un esquema paradigmático de la construcción de futuros comunes, afecta las ciencias jurídicas y las políticas administrativas, que son las que particularmente nos interesan en la construcción de la presente disertación.

El dónde, el quién y el qué del desarrollo local

Las promesas del desarrollo que pueden variar de escala (internacional, nacional, regional o local) dependen no solamente de un problema territorial sino también del impacto de su acción: es importante destinar esfuerzos para detener la desaparición de cierta especie debido a que el frágil balance ecosistémico puede ocasionar consecuencias de alto impacto a nivel mundial.

Pero también depende de la escala de impacto de la problemática a resolver: la provisión de

servicios públicos esenciales es determinante en la lucha contra la pobreza a nivel mundial, pero para un Estado que pretende desencadenar acciones en este sentido, es necesario establecer una magnitud e indicadores de la problemática a intervenir teniendo en cuenta mínimamente datos sobre el dónde y el quién.

Entra en juego la triada perfecta de territorio, población y poder público que para problemas particulares resulta igual a la del Estado. Entonces, si lo local es igual a lo global, qué sentido tiene hacer de este un especial capítulo de atención dentro de la teoría del desarrollo.

Tal vez la mayor particularidad del desarrollo local no esté con el dónde y el quién o quienes sino con el qué: el problema a resolver. La pobreza generalizada en el mundo, los debates ecológicos de las especies en vías de extinción y la balanza de pagos son en realidad muy importantes, nadie podría ponerlo en duda, sin embargo es la carencia de acueducto en un pueblo o barrio específico, el que obliga a una persona a levantarse de madrugada a recoger agua de una quebrada en baldes para llevar a un hogar donde todas las actividades que desarrollan sus inte-

grantas, dependen directamente de que el agua sea provista a tiempo. Zorro (2006) vincula las dimensiones del desarrollo con la estrategia del desarrollo local así:

[se trata de] de un énfasis compartido entre el mejoramiento de las condiciones locales, perfectamente compatible con los planteamientos de Sen y las aproximaciones multidimensionales al desarrollo, y la inserción en los mercados mundiales propia de la globalización... desde esta perspectiva, el desarrollo económico local es un proceso mediante el cual se realzan capacidades, la voluntad y la acción de grupos de población territorialmente circunscritos, con el fin de impulsar colectivamente el crecimiento económico en beneficio del conjunto de la población del área en cuestión. Para lograr esto, es cada vez más claro que los productos (bienes o servicios) de tales procesos deben estar en capacidad de competir ventajosamente en los mercados mundiales... sus posibilidades de éxito dependen en gran medida del contexto social, cultural y político – institucional de las regiones que son objeto de la estrategia. (p: 180 – 182).

Lo que nos lleva a pensar que, son las demandas específicas del

entorno inmediato que afectan el funcionamiento de las personas, las que configuran aquello que hace parte del desarrollo local. Y es este hecho el que nos remite a su función en torno de micro **territorios** y proximidades, que define el dónde; el quién, la **población**, en función de ese territorio es solamente un andante si no se ve afectado ni por las causas ni por las consecuencias de las **problemáticas a resolver**, que son la esencia del qué. La correspondencia de atención de demandas a través de refinados mecanismos democráticos de representación y final inversión, son la escena del **poder público**. Restrepo (2004) señala sobre este punto que:

... Hay que abandonar el temor enfermizo a la intervención del Estado en asuntos de mercado. Remendar las rupturas en los sistemas productivos locales, fecundar los encadenamientos de los circuitos productivos, comerciales y financieros y generar escenarios públicos de discusión abierta sobre perfiles de desarrollo con la población, las organizaciones sociales, los empresarios y los centros educativos es una función de neto liderazgo público, es decir político, en el sentido más amplio de la palabra. (p: 53).

Al desarrollo local se llega entonces por medio de la resolución de problemáticas cuya escala de impacto se encuentra enmarcada en la proximidad territorial, de quienes se ven afectados por las mismas y por acción directa de la administración pública. No es igual pensar en que los movimientos globales y las doctrinas o discursos mundiales pueden brindarnos un mejor futuro, un futuro posible como lo dirían algunas comisiones que enuncian los principios del desarrollo, que pensar en un futuro próximo con problemáticas diarias, cuya resolución se haga con base en la práctica y acciones puntuales y concretas, con la evidencia material del Estado Social de Derecho en el momento en que el ciudadano lo requiere y no en perspectiva.

Claramente la acción del Estado siendo uno solo como es y siendo su finalidad igualmente unívoca, no puede en su integridad dejar de responder ante las demandas de la sociedad ni ante la garantía de sus derechos, sin embargo el Estado como hecho histórico y como abstracción teórica no puede tener conteo sobre cada una de las variables que merece su atención³.

³ Más aún cuando se trata de un país subdesarrollado, en vías de desarrollo, tercer mundista o simplemente... pobre.

La forma de resolver el dilema está en que el Estado debe hacer una distribución de funciones en la administración pública, donde la atención de las demandas sociales esté directamente relacionada con su capacidad de acción en un espacio específico, lo que deriva en los conceptos de descentración, delegación y descentralización (Rodríguez, 2005) insertando a la administración como un actor más en la gestión del desarrollo.

El ser y el estar de los modelos de gestión

Así pues, el Estado ha especializado sus mecanismos de relación con la población y su propia estructura interna, encontrando caminos de eficiencia y eficacia⁴ necesarios para la solución de las problemáticas antes descritas. Sin duda, uno de los más refinados de estos mecanismos es el de la descentralización, que es descrito como uno de los instrumentos al servicio de la distribución funcional del mismo Estado y que se convierte en esquema de gestión de importancia; sin embargo no es el único que existe en el mundo y por supuesto tampoco en Colombia.

⁴ Coincidentes con las necesidades del desarrollo.

Desde la Constitución de 1991 en nuestro país se dispuso como parte de sus principios fundamentales la organización del Estado *"en forma de república unitaria, descentralizada"* (Constitución Nacional, artículo 1) pero el completo alcance de dicho principio se desarrolla a lo largo del título XI de la organización territorial y en las leyes que le desarrollan.

Según Trujillo (2001), *"La descentralización supone el traslado o asignación de funciones del ente central a las entidades territoriales para que éstas las ejerzan, por lo menos, con cierta dosis de autonomía"* (p: 123) y complementa esta definición citando al jurista Pedro Alfonso Hernández al decir que *"la descentralización se concibe como el conjunto de relaciones de diferente naturaleza – política, administrativa, jurídica, económica – entre una autoridad centralizada y otras entidades descentralizadas [donde] la autonomía es la libertad de acción, el grado de actuación o la capacidad de decisión, no condicionada, que se reconoce y garantiza a las entidades descentralizadas por parte de las autoridades centralizadas"* (p: 126).

Por otra parte, Rodríguez (2005) describe la desconcentración a

partir del artículo 8º de la Ley 489 de 1998 como *“la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración”* (p: 52) y la delegación como *“una atenuación de la centralización, pues por intermedio de ella, las autoridades conservan el monopolio de su poder”* (p: 53).

Para nosotros, el punto central del debate diferenciador entre uno y otro es el poder. Quién detenta el poder, dónde está y qué puede hacer con él. Claramente bajo los esquemas de desconcentración y de delegación, este poder queda remanente en el centro, mientras que para el caso de la descentralización el poder está en cabeza de la autoridad igualmente descentralizada o local.

Y ¿el poder para qué? Se preguntaría Echandía. Bueno pues el poder en el caso de la administración de funciones públicas tiene connotaciones particulares desde las que es posible entender el desenvolvimiento de la problemática del desarrollo, pero también y particularmente, la de lo esperado y lo obtenido

de una apuesta política que se transforma en medio de las transacciones de los actores que se ven involucrados en el proceso de toma de decisiones públicas.

Implicaciones de los modelos de gestión

Sin duda alguna, como el más cercano a la concentración del poder central, el esquema de la delegación simplemente desplaza en el orden jerárquico la responsabilidad de atender una problemática particular. Esto es que las cosas que se deben hacer en el ejercicio de la administración pública, sean hechas por un “quién” de menor autoridad y sin capacidad de maniobra en caso de tener que redefinir las decisiones que han sido tomadas con anterioridad. El papel de la delegación es la de llevar cerca del territorio y la población afectada una parte del poder del centro en toda su magnitud intocable e indescifrable. Una contestación al llamado de lista.

Por otra parte la desconcentración implica un poco más de construcción de abajo hacia arriba o de relaciones horizontales si así se quiere llamar. En ella, hay una coherencia de acción ante el poder del centro de acuerdo con los lineamientos que éste es-

tablezca y las políticas generales de atención de ciertas problemáticas; aquí una agencia que hace parte del centro cumple con sus funciones y competencias en un territorio específico. La estructura se mantiene y la entidad “está” donde se le requiere.

La descentralización sucumbe ante nuestros ojos como una muchachita deseada pero descarrilada⁵. De su esencia es simplemente el “ser” en libertad, que para su acervo político administrativo significa nada más que autonomía. Esto es que, gracias a los acuerdos sociales reflejados y descritos por la norma formal, existe un número de funciones que ya no están en el centro, que solamente pueden ser cumplidas a la luz de las particularidades del territorio, la población y las problemáticas específicas de atención y que, por lo tanto generan un modelo basado en el poder público replicado en la escala de atención.

Por ello la descentralización guarda proporcionalidad respecto de cada uno de los elementos básicos de los Estados modernos y entonces tiene implicaciones políticas, administrativas y territoriales. Con este desplazamiento de poder, también hay un despla-

zamiento de responsables. Ahora el asunto de fondo sería ¿quién hace qué?

La delegación, desconcentración y descentralización en un Estado unitario no derivan en un esquema federalista gracias a que el tema de las competencias está definido a partir de la noción de que no todo es susceptible de ser delegado, desconcentrado o descentralizado. Las competencias que definen quién hace lo que debe hacer, son útiles para el cumplimiento de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y fundamentalmente designan las autoridades responsables sobre temas específicos.

Como hemos señalado la especificidad también es definitiva para entender el significado del desarrollo local donde, el quién hace lo que debe hacer es crucial para el proceso de toma de decisiones, la asignación de responsables, la identificación de problemáticas y por supuesto, la asignación eficiente de recursos para su resolución.

Bogotá y su dilema

A simple vista la diferencia entre los modelos de gestión de la ad-

⁵ Por lo menos para el caso colombiano.

ministración pública son de básico manejo y, por lo menos desde el punto de vista conceptual parece fácil, sin embargo en la práctica sus diferencias se hacen someras, dejando abiertos espacios en los que la concurrencia, subsidiariedad y la coordinación pierden parte de su fundamento.

En el caso bogotano esta brecha es de tal magnitud que incluso estudiosos del tema como Alberto Maldonado sostienen que la ciudad posee un régimen de semidescentralización, una especie de híbrido entre la desconcentración de funciones en algunos aspectos y de descentralización en otros. De hecho, para él en Bogotá *"se creó un modelo que aunque tiene buena parte de los elementos básicos de la descentralización territorial, quedó incompleto y desproporcionado. Es un engendro que no genera las condiciones e incentivos necesarios para la democracia y la gestión local"* (Maldonado, 2007. p: 1).

En este punto es necesario remitirnos a las dimensiones de la descentralización. Cuando se crean unidades dentro del territorio con funciones y atribuciones especiales dadas por la ley, tendríamos una descentralización territorial; cuando esas unidades territoriales tienen la

posibilidad de elegir sus propias autoridades, tenemos una descentralización política y cuando esas autoridades manejan un aparato administrativo para el logro de los fines que les procuraron su posición, nos referimos a una descentralización administrativa. Bogotá, según el profesor Paul Bromberg, cuenta con los dos primeros atributos, pero el tercero es problemático dado que existe una sujeción del aparato administrativo local al de la administración central (Secretaría Distrital de Planeación, 2006).

Ahora, las implicaciones directas de este hecho sobre el desarrollo local de la ciudad son bien particulares, pero solamente pueden ser estudiadas a la luz de los casos en que ellas se manifiestan. Nosotros nos centraremos en el análisis de la construcción y ejecución de los planes de desarrollo local en las veinte localidades de Bogotá.

El proceso propuesto andando

De acuerdo con la estructura de planeación para Colombia, el direccionamiento de políticas y actividades de la administración pública deben estar plasmadas en una propuesta de contenido programático, plasmadas en

un Plan de Desarrollo. La idea es que se vincule el escenario de competencia electoral con el funcionamiento del Estado a partir del cumplimiento de lo prometido en las campañas electorales.

Este ejercicio de compatibilidad con la función pública y de responsabilidad ante los electores tiene como cabeza principal a quién ha sido elegido popularmente como jefe de Estado y de Gobierno y debe ser replicada en las entidades territoriales, por supuesto en ellas la responsabilidad reside en quién funge como gobernador o alcalde. La Constitución de 1991 establece claramente que son las entidades territoriales (que funcionan bajo el esquema de descentralización) las llamadas a desarrollar el proceso de planeación de este modo (artículo 339); sin embargo a las localidades creadas para Bogotá –aunque no son entidades territoriales– se les asignó la misma función de construcción de planes de desarrollo local a través del desarrollo normativo del Decreto Ley 1421 de 1993.

¿No siendo entidades territoriales y bajo unas reglas diferenciales en su régimen electoral es lógico que las localidades de

Bogotá asuman el compromiso de establecer planes de desarrollo local? En la localidad se eligen representantes de la población local –supuestamente regidos bajo parámetros de circunscripción territorial– cuando se conforman las Juntas Administradoras Locales, un cuerpo colegiado que oscila entre siete y once miembros, que fungen como autoridad en la localidad. Pero además existe la figura de un Alcalde Local quién es designado por el Alcalde Mayor a partir de terna enviada por la Junta; autoridad también como es en el escenario local, no es elegido por las reglas del régimen electoral y por lo tanto no responde respecto de la representación de una porción de la población, pero además su designación y características del cargo lo hacen de libre nombramiento y remoción por parte del burgo-maestre de la ciudad. Esta persona es la que presenta un Plan de Desarrollo para la localidad.

A pesar de ello, el Estatuto Orgánico de la ciudad⁶ establece los mecanismos sobre los que deben ser discutidos los Planes de Desarrollo Local. El proceso andando comienza con un primer borrador del Plan – que debe

⁶ Y sus posteriores desarrollos normativos consignados en el Acuerdo Distrital 13 de 2000 y 12 de 1994.

guardar coherencia con el Plan de Desarrollo Distrital – que es presentado en una serie de “encuentros ciudadanos” que tienen por objetivo priorizar las necesidades de la localidad para redefinir el contenido del plan presentado y la asignación de recursos para su cumplimiento. Los resultados de los encuentros ciudadanos son consignados bajo atenta nota de los Consejeros de Planeación local que presentan las propuestas ante el Alcalde Local; éste presenta finalmente un plan a la Junta Administradora Local – JAL – que aprueba finalmente su contenido. Desde el comienzo del proceso hasta la aprobación de la JAL pasan en promedio seis meses que van desde marzo hasta septiembre.

Lo que señalan los indicadores es que, casi nueve meses después

de que se posesiona el Alcalde Mayor, electo en una contienda ejemplar de la democracia representativa, las localidades que están a su disposición para el arreglo de los asuntos del desarrollo local y de gobernabilidad de la ciudad en los espacios de proximidad, aún no han definido el curso de acción de un futuro común a partir de la estructuración de la base primordial de actuación de los planes de desarrollo local.

El proceso real andando

En un mundo perfecto, los mecanismos de construcción de escenarios públicos llevarán a la felicidad. Platón claramente definió hace más de dos mil años que el camino de la felicidad estaba directamente relacionado con la puesta en común de los asuntos comunes gracias a la esencia del funcionamiento de la politeia. Tristemente lo platónico de esta propuesta quedó relegado a la concepción de la afinidad sentimental entre los seres humanos.

En primer lugar, si bien la función de los encuentros ciudadanos es dar el mayor alcance posible a la participación dentro de la gestión del desarrollo, los resultados de los mismos al ser más o menos etéreos y generales, no reflejan exactamente las aspiraciones de la ciudadanía al hacer dicha prioridad.

Las personas que van a un encuentro ciudadano quieren definitivamente que sus problemáticas próximas sean resueltas a la brevedad, pero se encuentran ante la consigna de priorizar dichas problemáticas en función de lo que les es común. Por ejemplo la provisión de acueductos y alcantarillados para un barrio es

una prioridad para quién vive en él, pero el reparcho de una calle que comunica un barrio con la centralidad de la localidad lo es para otro habitante; ¿cómo se llega a la decisión de qué es más importante o prioritario? Ahora, ambos problemas de resolución del ámbito local y útiles para el desarrollo están referidos a un territorio particular, es posible que la misma problemática sea común a un alto porcentaje de barrios de la localidad. El resultado es que se prioriza la construcción de acueductos y alcantarillados y, la repavimentación de vías locales para la localidad ¿cuáles? ¿Las del barrio en que las personas adolecen de acueducto? No necesariamente, en este caso son las de la localidad y la prioridad se determinará en función de parámetros técnicos, políticos, presupuestales o normativos.

En segundo lugar, el hecho de que el resultado sea general y etéreo revive el problema de la discusión entre el mundo técnico y el de la representatividad política en las democracias modernas. Los Planes de Desarrollo tienen dos partes: la general y el plan de inversiones. En el general se deben describir las metas específicas que busca el plan y en el de inversiones la asignación

presupuestal de su estructura. En los encuentros ciudadanos nunca se llegan a definir destinatarios específicos y por supuesto tampoco cantidades e indicadores para medir esas cantidades en función de los recursos disponibles. Esta labor la desempeñan los técnicos, que determinan por lo menos hasta qué punto llegará la administración local en la consecución de unas metas – ya nunca más generales – que sirven de base en los procesos de asignación de responsabilidades o, como son conocidas, de rendición de cuentas.

Y, nuevamente si el mundo fuera perfecto, podríamos dejar de señalar que en tercer lugar los técnicos no siempre saben lo que hacen. La construcción de los Planes de Desarrollo Local⁷ por diferentes razones conexas con la administración pública local, no cuenta con la información suficiente para el establecimiento de las referidas metas, sus líneas base ni los indicadores correctos para su medición. Se ha hecho de manera casi intuitiva, sobre la marcha y con base en las indicaciones que para el caso hace la administración central (ver tabla 1).

⁷ Esperamos que con los de otros niveles de la administración esto no ocurra, aun cuando no tenemos evidencia en contrario.

Con ello las aspiraciones de la población que participó en su construcción, o que por lo menos así lo creyeron, quedan relegadas a un decálogo de lista de merca-

do a proveer para sí misma y, a un proceso de legitimación de la gestión de la administración pública para cuando sea necesario renombrarla.

Tabla 1. Ejemplo de construcción de metas locales.

META	LÍNEA BASE	INDICADOR	PERIODICIDAD DE LA MEDICIÓN
Fortalecer las acciones en salud a población vulnerable, como niños y niñas, jóvenes, personas cabeza de familia, adultos mayores y personas con discapacidad.	Fortalecer el Plan de mejoramiento de las condiciones de salud de la Localidad en el marco del nuevo modelo de salud en el Distrito.	Coordinar acciones con la Secretaría y Hospital Centro Oriente en el proyecto de salud comunitaria y familiar "Salud a su Hogar."	Vigencia del Plan
		500 Familias	

Fuente: Secretaría Distrital de Planeación. 2008.

La ejecución de los planes de desarrollo local en prospectiva

Tres son los problemas respecto de la ejecución: es retrasada, no se hace necesariamente con base en lo estipulado dentro del Plan de Desarrollo Local y termina de sobrepasar los fundamentos participativos que, según el marco normativo actual, le debía direccionar.

Como mencionamos con anterioridad, el Plan de Desarrollo Local es aprobado hacia finales del primer año de gobierno del electo Alcalde Mayor, lo que implica necesariamente que su ejecución comienza en la vigencia inmediatamente siguiente, es decir al comienzo del segundo

año de gobierno. Las localidades presentan así un desfase de por lo menos un año en la ejecución o materialización de las propuestas de su desarrollo local respecto del gobierno Distrital.

Pero además, la profunda construcción que en manos del gobierno de los técnicos del plan, se ve relegada a la contratación de... bienes y servicios que no son definidos con relación a las metas procuradas. Sí, en la práctica del proceso de planeación en las localidades de Bogotá, se separan casi por completo el plan, de los proyectos de inversión, de los procesos contractuales o incluso estos últimos se confunden con aquéllos. Y es que si no existieron líneas de base cla-

ras para establecer las metas del plan y si éstas no guardan mucha coherencia con la realidad de las necesidades atendidas y por atender de la localidad ¿cuál es el objeto de su referencia para el funcionamiento de la administración pública local? (ver tabla 2). En lugar de ello parece más lógico hacer coincidir las necesidades de la población con la acción pública, ya sea como respuesta de sus demandas en torno del desarrollo local o por las necesidades de las autoridades locales como ejercicio legítimo de su función.

Por último pero no menos importante, la construcción conjunta de los futuros posibles del desarrollo local. ¿El gran esfuerzo

de varios meses de discusión de un Plan de Desarrollo Local a través de la figura de los encuentros ciudadanos, está directamente relacionada con la ejecución de los mismos? No.

Es una suerte de azar. Si alguna de las contrataciones de la administración local resuelve un problema de desarrollo local que fue de alguna manera priorizado – de manera etérea y general – en el encuentro local y si ésta responde a una demanda particular de una comunidad específica en relación con su entorno próximo, entonces sí; pero podría ser al contrario pues no existe un mecanismo vinculante entre ambos ni una forma de medirlo.

Tabla 2. Ejemplo de seguimiento a la ejecución de metas locales.

META PDL	CANTIDAD PROGRAMADA	UNIDAD DE MEDIDA	CANTIDAD EJECUTADA	PORCENTAJE DE EJECUCIÓN A LA FECHA
Gestionar la financiación y/o coofinanciación de 5000 refrigerios escolares para niños y niñas de 5 a 14 años anualmente.	20000	refrigerios	386880	1934,00%

Fuente: Secretaría Distrital de Planeación. 2008.

Entonces ¿Es la magnitud de los esfuerzos solamente explicables en el marco de una gestión descentralizada, congruente respecto de los resultados obtenidos en tanto la resolución de los problemas locales?

Entre el ser y el estar

La respuesta de esta pregunta, que es la principal de la presente disertación, solamente puede responderse a través de la discusión sobre la descentralización del desarrollo local.

Señalamos en un principio que la descentralización, desconcentración y delegación son operativos esquemas de gestión en cuya base está la definición clara de competencias, para una escala de acción de la administración pública. Bien, pues en Bogotá el dilema entre el ser y el estar⁸ se centra precisamente en el establecimiento de quién hace qué debido a que nunca se ha establecido qué cosas son del ámbito distrital y cuáles de lo local.

El resultado: un traslape de funciones entre los sectores y entidades del distrito y las localidades; este hecho unido a que la disponibilidad de recursos es limitada respecto de los objetivos a alcanzar deriva en un proceso de permanente cofinanciación y cogestión de contratos a ejecutar, donde la primacía del centro es la constante.

⁸ Porque del llamado a lista hay muy pocos ejemplos de utilidad para el caso del desarrollo local, salvo en el tema del control policivo.

Por ejemplo, si es objeto misional de una entidad resolver los problemas relacionados con la malla vial, ella por sana lógica es la llamada a invertir en este asunto, pero si la mayor parte del déficit sobre la malla vial están en lo local ¿sería función de la administración pública local hacerlo? No sabemos. En los Planes de Desarrollo Local se estipula de manera constante que ésta es una prioridad para la localidad y en el marco de la supuesta descentralización, estaría dentro del marco de ejecución local, pero la localidad no cuenta con los recursos suficientes para cubrir las necesidades de su población en este sentido y por tanto resolver un problema del desarrollo (ver tabla 3). Adicionalmente, la entidad que está a cargo de estos asuntos, también hace una destinación de recursos y establece metas que apuntan al mismo problema en lo local⁹.

⁹ Entre otras cosas porque debe hacerlo, de lo contrario se configuran faltas en contra de la administración pública que recaen en los funcionarios y pueden llegar a tener consecuencias de tipo disciplinario, fiscal y penal.

Tabla 3. Ejemplo de construcción de metas locales con distorsión funcional.

META	LÍNEA BASE	INDICADOR	PERIODICIDAD DE LA MEDICIÓN
Mejorar la integración inter barrial, rural y entre UPZs de la Localidad	Con presupuesto 2004 se encuentran en construcción y recuperación de la malla vial local	2500 Mt de Malla vial local Pavimentada o Recuperada con el IDU	Vigencia del Plan

Fuente: Secretaría Distrital de Planeación. 2008.

La estrategia para zanjar la discusión ha sido que la inversión destinada al cumplimiento de metas del Plan de Desarrollo Local, se reserve al cumplimiento de metas del Plan de Desarrollo Distrital ¿enredado y confuso? La entidad central de alguna manera “convence” a la localidad para que su inversión sea ejecutada por ella. Lo que nos lleva a un problema de mayor dimensión: la localidad desencadena un largo y penoso proceso para la consecución de su meta, luego de lo cual se somete a la revisión del centro para que apruebe sus iniciativas y terminar en un proceso de contratación que puede llegar a demorar el doble de tiempo que si lo hiciera directamente y desde un principio, el distrito ¿por qué no lo hace? Porque los recursos ya han sido destinados a la localidad en virtud de la supuesta descentralización de Bogotá.

Por supuesto el resultado obtenido en términos de ejecución es el mismo. Es el tiempo para su obtención el que es a todas luces ineficiente. El desarrollo local queda así en una lista de espera donde no prima ni lo urgente ni lo importante, sino el procedimiento. Adicionalmente, Becerra & Zapata (1997) señalan sobre las consecuencias de la disfuncionalidad sistémica en el

marco de la gestión pública relacionada con la inversión que *“el efecto práctico... es que las entidades territoriales atiendan simultáneamente múltiples requerimientos, criterios, herramientas y mecanismos, más en la perspectiva de cumplir con las exigencias de las entidades del centro, que en fortalecer su propia capacidad de planeación, de ejecución y de evaluación de la inversión”* (p: 21).

Y es que si las localidades –que no son entidades territoriales dado que no cuentan con personería jurídica¹⁰ ni autonomía fiscal– no tienen competencias propias que puedan desarrollar con plena autonomía de acuerdo con sus necesidades particulares, solamente serían receptoras de funciones relativamente desconcentradas, pues tampoco esta desconcentración cumple con la característica primordial que le otorgó la Ley 489 de 1998, ya que es a través de los mismos Fondos de Desarrollo Local que se desarrollan estas competencias y funciones.

¿Es posible realizar acciones tendientes al logro de lo que con-

¹⁰ Los Fondos de Desarrollo Local cuentan con personería jurídica (la misma del distrito) pero funcionan como fiducias de los recursos “transferidos” por la Secretaría Distrital de Hacienda a las localidades.

cebimos como desarrollo local en medio del ser y el estar? Es posible si y solo si, se logra tener la información concreta sobre las problemáticas locales para poder establecer marcos de acción puntual en este sentido; claramente dentro de esquemas descentralizados esta función incluso es de competencia del gobierno y la administración local y no del centro.

Una amiga diría que para matar una mosca no es necesario apuntar con un tanque de guerra. Particularmente creo, a la luz de las evidencias empíricas y teóricas expuestas, que para Bogotá o bien se deben establecer más claramente las competencias descentralizadas, desconcentradas y delegadas o bien, se hace una apuesta sincera y respetuosa sobre la forma como se destinarán los recursos públicos locales para la consecución de los objetivos del desarrollo local.

Bibliografía

Alcaldía Mayor de Bogotá. (2000). *Planeación urbana e instituciones presupuestales*. Bogotá: Alfomega S.A.

Alcaldía Mayor de Bogotá. (2001). *Participación ciudadana en la planeación del desarrollo*

municipal, distrital y nacional. Bogotá: Arfo Ltda.

Becerra, G. & Zapata, D. (1997). *Propuesta de un sistema de gestión de la inversión para las entidades territoriales*. Tesis de grado, Maestría en Planificación y Administración del Desarrollo Regional. Bogotá: Universidad de los Andes, CIDER.

Constitución política de Colombia. (1991).

Currie, L. (1998). *Urbanización y desarrollo*. Bogotá: Camacol.

Escobar, A. (1999). El desarrollo sostenible: diálogo de discursos. En *El final del salvaje. Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea*. Bogotá: CEREC – ICANH.

Ley 489. (1998).

Maldonado, A. (2007). *Descentralización territorial en Bogotá. El espíritu centralista de las autoridades descentralizadas*. Bogotá: Proyecto Bogotá como vamos, Cámara de Comercio de Bogotá.

Mesa de planificación regional Bogotá – Cundinamarca. (2005). *De las ciudades a las regiones. Desarrollo regional integrado en Bogotá – Cundinamarca*. Bogotá: Mesa de planificación regional Bogotá – Cundinamarca, UNDESA.

Moncayo, V. (1990). *Estado y espacialidad. Formas y reformas*. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias políticas y sociales, Universidad Nacional de Colombia.

Restrepo, D. (2004). Transferencias y desarrollo: un portafolio para el progreso de las regiones. En Becker, A.; Castro, S. & Cárdenas, M. (Eds.) *Desarrollo de las regiones y autonomía territorial*. Bogotá: GTZ – FESCOL.

Rodríguez, L. (2005). *Derecho administrativo general y colombiano*. Decimocuarta edición. Bogotá: Temis.

Secretaría Distrital de Planeación. (2006). *Estructuras, incentivos y resultados en el régimen de descentralización en Bogotá*. Informe final del convenio 191 de 2005 Universidad Nacional de Colombia – Secretaría Distrital de Planeación; revisión marzo 2007. Bogotá: Secretaría Distrital de Planeación.

Trujillo, A. (2001). *Descentralización, regionalización y autonomía local*. Bogotá: Unibiblos.

Unijus. (2001). *Línea jurisprudencial Estado Social de Derecho y Justicia*. Bogotá: Caja de herra-

mientas para el juez director del proceso.

Velásquez, F. & González, E. (2003). *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?*. Bogotá: Fundación Corona.

Velásquez, R. (2003). *Bogotá: políticas públicas de gobierno local*. Bogotá: Centro Editorial Javeriano – CEJA.

Villegas, S.; Chicaiza, J.; Ludeña, E. & Ibañez, J. (1995). Participación, planificación y capacitación: tres ejes para el desarrollo local. En Curso regional Andino, *Gestión local del desarrollo. Monografías presentadas al curso regional andino* (p: 33 – 58). Quito: Ensayos Forhum 8.

Zorro, C. (2006). Entorno humano y desarrollo económico local. En Zorro, C. (Ed.) *El desarrollo: perspectivas y dimensiones. Aportes interdisciplinarios*. Bogotá: Universidad de los Andes, CIDER.

La audiencia preliminar como base de los procesos civiles en un sistema de audiencias orales para la efectivización de los derechos

The preliminary hearing process as a basis of civilians in a system for oral hearing realization of the rights

Semillero de Investigación “Praxis Iuris”¹¹.

“En el proceso el tiempo no es oro, sino justicia”

Eduardo J. Couture

Resumen

Los factores del activismo judicial, las libertades del juez, la disponibilidad de las partes, la modificación de la estructura de la audiencia preliminar y las demás reformas planteadas al proceso en Colombia contribuirán en el desarrollo de la Celeridad, la Transparencia y la Responsabilidad en la administración de justicia.

Abstract

The factors of judicial activism, freedom of the judge, the availability of parts, changing the structure of the preliminary hearing and other reforms process in Colombia raised to help in the development of the speed, transparency and accountability in the administration of justice.

Palabras claves: Administración de justicia, proceso, oralidad, celeridad y proceso civil.

Key words: Administration of justice, process, oral, speed and civil proceedings.

¹¹ Director del semillero: Jaime Alfonso Cubides Cárdenas, docente, Facultad de Derecho, Uniagraria. Estudiantes miembros del semillero: Nicolas Ríos Ramírez, Luz Andrea Bermeo Montealegre, Keidy Rincón Hernández, Juan David Susmann Wagner, Jorge Enrique Navarrete Gaitán, Wilmer Giovanny Martín Campos, Paola Alejandra Copete Pinilla, Heidy Yanine Chacón Herrera, Jorge Hernán Camilo Leguizamón Gómez, Angela María Hernández Palacios.

Introducción

Frente al tema "La oralidad en el proceso civil" propuesto por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal en el marco del trigésimo primero Congreso Colombiano de Derecho Procesal, el semillero Praxis Iuris¹; presenta la siguiente ponencia titulada: "*La audiencia preliminar como base de los procesos civiles en un sistema de audiencias orales para la efectivización de los Derechos*" luego de un arduo trabajo en el que aborda el tema de la oralidad en la jurisdicción civil bajo tres ejes temáticos, organizados así: el primero plantea la Oralidad y el sistema de audiencias haciendo alusión de manera breve a los antecedentes históricos de la oralidad, y su unión con la escrituralidad en el sistema de audiencias, el segundo la audiencia preliminar de acuerdo con las reglamentaciones existentes en la jurisdicción civil y laboral frente al análisis de la ley 1123 de 2007 y la ley 734 de 2002, y el tercer eje temático contempla la influencia de las facultades de mando del juez como director del proceso.

Nosotros somos conscientes de la realidad que se vive en Colom-

¹ Semillero de Investigación adscrito a la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia -UNIAGRARIA-

bia, debido a las patologías que aquejan a nuestra sociedad, que en su mayoría son muy graves, más no significa que nos debamos resignar.

Por ello estamos interesados desde la academia en dar una respuesta, no un simple paño de agua tibia, no una solución de papel o seguir conceptualizando sin materializar absolutamente nada, por eso entendemos los postulados de la dinámica del derecho procesal, y estamos convencidos que la solución que proponemos, es la luz, a algunos de los problemas endémicos² de la rama jurisdiccional.

En el proceso civil latinoamericano, la oralidad, ha tomado fuerza y constituido un tema permanente para los logógrafos procesalistas, como la respuesta, a la demanda constante que tienen los administradores de justicia por parte de los justiciables, dado al gran resultado que ha tenido esta en otros sectores del mundo, sin embargo no ha resuelto todas las falencias y trabas que en el juicio se manifes-

² Véase las Palabras de Instalación del Doctor Fernando Hinestrosa, dentro del "Primer (I) Foro sobre la justicia Colombiana", dentro del libro "*Estado actual de la justicia colombiana: Diagnóstico y Soluciones*", coordinador Jaime Bernal Cuellar, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia. 2003.

taban y los cuales se creían eran a causa de la escrituralidad por ende ha generado opiniones en contravía aludiéndola como una “repetición innecesaria y además un aporte a la confusión jurídica”³ frente a la manera como se desarrolla el proceso.

Pero a pesar de la incertidumbre que al principio se generó frente a la implementación de este sistema jurídico que aunque efectivo, era ajeno a la realidad jurídica de nuestro país, a causa de las leyes que se han creado y desarrollado bajo pensamientos que difieren sustancialmente de los que se aplican en ese tipo de sistemas se empezó a crear un marco normativo que sustentará y respaldará la introducción de un sistema judicial de carácter verbal y expedito⁴.

Por ende, se decidió sustituir el imperante sistema sumario de los juicios, para tramitar estos por un sistema oral, prometiendo acabar con los trámites innecesarios en los procesos, la

congestión judicial y la corrupción, situaciones que han generado en las personas una falta de credibilidad en la justicia y en el aparato jurisdiccional, llevándolos a búsqueda de una justicia pronta, pero deslegitimada.

La primera jurisdicción de la rama judicial que sirvió como apertura para la implementación de este sistema oral, en nuestro país, fue la penal. Pero para poder adecuar este nuevo sistema, se hizo necesario en principio, una reforma Constitucional que modificó el papel de la Fiscalía General de la Nación como ente instructor, para pasar a ser un extremo más de la Litis y además aseguró la celeridad en el desarrollo del proceso penal, art. 250 de la Constitución Nacional. Pero con respecto al ámbito civil, Colombia, implementó, la oralidad, mediante la Ley Estatutaria No. 023/06 Senado y No 286/07 Cámara “Por medio de la cual se reforma la ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia”, elevando el principio de la celeridad a su mejor postura, y obligando a adoptar nuevos estatutos procesales con diligencias orales por audiencia, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales teniendo en cuenta los nuevos avances tecnológicos; en otros países del

³ HUMBERTO JAIRO JARAMILLO V. “Ley 1149 de 2007 - implementación de la oralidad una repetición innecesaria un aporte a la confusión jurídica”. Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

⁴ Holguín Neira & Pombo Abogados “LA ORALIDAD PROCESAL EN LA JURISDICCION CIVIL”.

mundo ésta (la oralidad) está consagrada dentro de las Cartas Magnas, constituyendo como instrumento fundamental para la realización de la justicia, al proceso, como en el caso de Venezuela, en el artículo 257, velando de manera general por el uso de esta en el juicio en las diferentes jurisdicciones.

“El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”⁵

Y en el 2008 a través de un acuerdo la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, reglamentó la idea de los despachos para la promoción y efectividad de la Oralidad en los procesos de Familia, Civil, y Agrario, para lograr su eficaz funcionamiento y el adecuado cumplimiento de los trámites judiciales, bajo el entendido que no implica reforma, ni alteración de la normatividad existentes, sino únicamente énfasis en su

⁵ Artículo 257 de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela.

eficiente aplicación.⁶ Entendiéndose la oralidad como la actividad procesal desarrollada en audiencia bajo los principios de inmediación, publicidad y concentración, sin perjuicio de que la fase introductoria del proceso se realice por escrito.

Pese a la implementación de la oralidad en el sistema procesal civil colombiano, no hay que olvidar el uso de la escritura en ella, a pesar de todas las innovaciones e invenciones tecnológicas, no se puede dejar atrás radicalmente el gran soporte de la humanidad. De una manera sencilla y breve se explicará la unión que existe entre la oralidad y la escritura y el arraigo que deben mantener estas dos dentro del proceso civil.

Dentro del concepto del primer término existen dos clases de oralidad: la primaria, que se refiere a las culturas que sólo la poseen a ella para comunicarse y que permite una activación de la memoria. Las culturas orales tienen un conjunto de conocimientos, hábitos, tradiciones, representaciones, simbolismos

⁶ Acuerdo No. PSAA08-4718 de 2008 (marzo 27). “Por la cual se reglamenta la actividad de los despachos pilotos para la promoción y la efectividad de la Oralidad en los procesos de Familia, Civil y Agrario”.

y significaciones que permiten descubrirlas. La oralidad secundaria es la que manejan culturas avanzadas que poseen escritura, convirtiéndose esta en el soporte de la memoria.⁷

En pocos términos si somos una cultura avanzada como se plantea en la pequeña parte subrayada, aunaríamos estas dos actividades complicadas en un sistema de audiencias, porque en la realidad la celeridad reside más en quienes la practican que en los materiales que se utilizan, porque en manos de quienes administran la justicia radica la celeridad, con o sin escritura, con o sin oralidad, para generar menor formalidad, mayor rapidez, propiciar la sencillez, aumentar la publicidad del proceso, concentrar las actuaciones para que se reduzcan las notificaciones, citaciones y otras diligencias.

Esta idea en el ámbito del Derecho Procesal se puede plasmar y explicar por medio de las opiniones que tienen los siguientes doctrinantes frente al tema. Martín Wasesman, dice: "Que no hay tal juicio oral, como no hay juicio escrito, se trata de expresiones convencionales, porque en materia procesal ni la oralidad puede prescindir de la escritura, ni la

escritura puede prescindir de la oralidad".

No importa la etapa procesal, o el uso de medios magnetofónicos o electrónicos que harán parte integral del contenido del acta, la constancia escrita es menester e incluso la sentencia en el proceso verbal, pues el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, para la aplicación de algunos actos procesales debe ser parte de este proceso. Que no solo se debe ver como un cambio en la forma de administrar justicia. Sino también como el mejoramiento continuo del Estado para administrar mejor los recursos humanos, físicos, tecnológicos y financieros, en el cumplimiento de sus fines esenciales⁸.

Sentis Melendo⁹, señala al respecto que: "... Con la oralidad, no con la oratoria, se trata de utilizar la comunicación oral entre los sujetos del proceso, pero sin prescindir de los elementos escritos que puedan dar mayor firmeza, hasta solidez entre los sujetos del proceso. La escritura es indispensable precisamente

⁷ Enciclopedia Larousse. 2009.

⁸ La Oralidad en el Proceso Civil, Dr. Ernesto Guarderas Izquierdo.

⁹ Presentación en Cappelletti, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE. 1972. p. VV.

para establecer aquellos que se debe tratar oralmente”.

Tanto así, que uno de los doctrinantes más reconocidos de la legislación colombiana Hernán Fabio López Blanco considera que no existe una relación entre la oralidad y el sistema de audiencias, haciendo una diferencia sustancial existente entre estas dos, y apoya la permanencia de la escritura en el ámbito procesal, haciendo una diferencia sustancial existente entre oralidad y el proceso por audiencias, exposición que realizó en la Comisión Redactora del Código General del Proceso celebrada el 18 de junio de 2003, plasmada mediante Acta 2, en el que dijo: el sistema de la oralidad consiste en surtir oralmente las actuaciones; en cuanto al sistema de audiencias, anota, si bien no choca con la oralidad, tampoco lo hace con la escritura y permite, por lo tanto, que en desarrollo de la audiencia se den también actuaciones escritas. Manifiesta, además, que la gran ventaja que tiene el sistema por audiencias es en relación con el tiempo que se puede ahorrar en el proceso, ya que es posible tomar las decisiones en la audiencia. Es un sistema que permite, desde el punto de

vista de la concentración, una gran agilidad”.

Porque en la práctica, esa aplicación limitada con respecto al principio de celeridad se suele diluir, sea por la reiterada y abusiva delegación de funciones haciendo que no se logre respetar y cumplir con los términos para el desarrollo de las audiencias, sea por la imposibilidad material (recursos económicos, número de jueces, el no contar con espacios adecuados, etc.) que los instrumentos escritos u orales que se quieran utilizar en el juicio.

Pues “De nada nos sirve construir discursos teleológicos, si en la práctica la realidad es absolutamente diferente”¹⁰.

Confrontando todo lo anterior, llegamos a la conclusión que no es posible en el sistema actual adelantar, desarrollar y terminar un proceso aplicándose de manera pura el sistema oral, esto es, excluyendo a la escritura, pero primando la palabra, permite al juez que con sentido de sensibilidad social sentir el problema, vivir el problema, ponderar reacciones, gestos de las partes y terceros, esto es, entender como humano que administra justicia para humanos, comprendiendo

¹⁰ *Praxis Iuris*.

de esta manera que el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia.¹¹

Teniendo en cuenta todos estos planteamientos, generalizados en los distintos autores y tratadistas del derecho procesal civil nace en nosotros como interrogante la siguiente: ¿Cuál sería la mejor forma para la implementación de la oralidad en un proceso Declarativo, y si en este existe un momento específico que se puede considerar neurálgico e innovador para generar la celeridad en el proceso?

Como parte integral de la resolución a la inquietud anteriormente planteada, debemos indiscutiblemente hacer un análisis sobre el tema de la audiencia preliminar como figura procesal ágil, eficiente, donde el Tribunal juega un rol importantísimo. La Audiencia previa, como también se le denomina "es la etapa procesal en la que habrán de depurarse todos los defectos y óbices impeditivos de una sentencia sobre el fondo del asunto, así como la preparación del juicio y la cobertura hacia una posible conciliación entre las partes"¹².

¹¹ III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela

¹² Como bien define el Dr. José Antonio

La oralidad, como ya se había dicho desde el inicio, entendida hoy como una necesidad, es la respuesta al proceso escrito donde la formalidad sacrifica la realización de la justicia, resultando el "proceso por audiencias", la receta sugerida por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, como la fórmula moderada recomendada la oralidad sin desprestigiar la utilidad de los documentos. En efecto, el proceso por audiencias surge a partir de documentos escritos en los que se condensan las posturas de los contendientes, empieza con una audiencia preliminar y culmina con audiencia de pruebas, alegatos y fallo.¹³

Una etapa propia del modelo iberoamericano es la audiencia preliminar la cual tiene como finalidad la conciliación de las diferencias objeto del proceso, fijación de hechos y pretensiones¹⁴. "La audiencia se concreta a través de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso (el tribunal y las partes), y la forma

Guiote Ordóñez, en el artículo *Los procesos ordinarios en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cuadernos Judiciales, Consejo General del Poder Judicial España, IBERIUS 2004.

¹³ III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal Universidad Central de Venezuela.

¹⁴ *Ibidem*.

natural de realizarse ésta, conforme a su propia manera de ser: "*actum triarum personae*". Lo cual supone realizar los actos en forma conjunta; los diversos tramos del proceso, concentrando su actuación"¹⁵.

Este proceso oral, agrega, "es el de hablar y oír (audire-audien- cia), que constituyen los modos naturales y concurrentes de desenvolvimiento"¹⁶. Y concluye la "oralidad, no como punto de partida, sino como consecuencia de la necesaria presencia de los sujetos en la audiencia"¹⁷.

Hoy en día existe consenso en que este debe ser mixto. Así lo han establecido las distintas legislaciones. "Algunas han consagrado un con predomi- nio de la propia de un escrito (tradicional)"¹⁸, como es el de tradición hispánica, y que han

seguido gran parte de los países latinoamericanos (cuyas etapas principales son: contestación; período de prueba; alegatos; sentencia).

Otras legislaciones han instaura- do un proceso con la estructura adecuada a un tipo oral (cuyas etapas principales son: deman- da; contestación; audiencia o audiencias de prueba y alegatos; sentencia).

Pero, si nos detenemos a analizar cada uno de estos tipos se pue- de advertir que existe en ambos prácticamente coincidencia en relación con los actos que se rea- lizan en forma escrita y los que transcurren en forma oral: así, demanda y contestación son es- critas en uno y otro sistema; las que lo admiten (por ejemplo, testifical, confesión) se desarro- llan en forma oral en uno y otro supuesto, y las que deben pro- ducirse por escrito (documental, dictamen pericial) se realizan de tal forma en ambos casos. "La di- ferencia entre uno y otro sistema radica principalmente en la vi- gencia o no del principio de con- centración y la intermediación"¹⁹,

¹⁵ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Montevideo, 1988, p. 38 y 39.

¹⁶ Ibídem página 39

¹⁷ Ibídem página 39

¹⁸ Como bien se expresa en la Exposi- ción de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, los au- tores dicen que con el Proyecto buscan revertir el sistema actual de proceso escrito en Iberoamérica, "desesperada- mente escrito" como lo calificara Cou- ture, lento, pesado, burocrático, alejado de la realidad.

¹⁹ El principio de concentración informa el proceso para indicar que debe existir un contacto personal y directo del juez con las partes y con los actos de adqui- sición de las pruebas, a fin de que aquél pueda llegar a conocer adecuadamen-

sobre todo en la etapa probatoria: así, la recepción de la prueba en un proceso de tipo oral se concentra en una audiencia (denominada de prueba, de vista de causa, etc.), en la que resulta esencial la presencia del tribunal, de invalidez, o nulidad.

Para implementar un sistema oral, o mejor dicho mixto, en donde rijan la intermediación y la concentración, luego de un sistema tradicional o escriturario, es necesario contemplar todas las circunstancias que resulten necesarias para que el mismo pueda funcionar adecuadamente. Como refiere Clemente Díaz, "la reforma procesal no debe consistir en poner vino nuevo en odres viejos, sino en preparar nuevas vasijas que contenga los vinos nuevos"²⁰.

te los intereses en litigio y la verdad de los hechos alegados (Díaz, Clemente, Instituciones de derecho procesal. Parte general, tomo I, Buenos Aires. República de la Argentina, Abeledo-Perrot, 1968, página 380; Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, p. 199). Y el principio de intermediación, dice Alsina, significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre éstas las que se encuentren bajo su acción inmediata (Alsina, Tratado, tomo I, página 460).

²⁰ Clemente Díaz, *La demanda civil*, La Plata, Editorial Lex, 1973, página 342.

Sin embargo resulta vital apreciar el significado de la oralidad en esta etapa procesal, donde permite desarrollar el flujo del debate y las de las partes, coadyuvando en gran medida a un acercamiento entre los sujetos, propiciado por el Tribunal mediante su y obedeciendo al espíritu de esta primera audiencia, posibilita a los jueces una de la racional, y eficiente. Señalando como argumentan los procesalistas argentinos Morillo, Passi Lanza, Sosa, y Berizonce, "la oralidad no sólo representa un efectivo de ubicación del juez en relación con las partes, sino que parejamente y de modo igualmente principal, jerarquiza la labor protagónica del abogado como auxiliar de la justicia"²¹.

Tengamos en cuenta además los Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica donde se indica que la audiencia preliminar es "una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el tribunal, con un muy complejo contenido, pero con

²¹ Exposición de Motivos de la ley 7861 de la provincia de Buenos Aires, citada por Morello -Passi Lanza - Sosa - Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados, T. IX, p. 651.

el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento"²²; aunque reconocen que en el ámbito iberoamericano concurren otras diversas funciones que provienen de diferentes orígenes; y se agrupan las principales funciones de la audiencia preliminar en:

- 1) Conciliadora (exclusión del proceso).
- 2) Saneadora (saneamiento del proceso, depuración de cuestiones no referidas al mérito).
- 3) Establecer el objeto del proceso y de la prueba (abreviadora).
- 4) Ordenadora, justamente por el tribunal respecto del futuro del proceso, en especial tomando medidas relativas al diligenciamiento de la prueba.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos fueron ideados por el legislador en principio para descongestionar los despachos judiciales, sin embargo, con el tiempo fueron tomando especial importancia en la vida social y jurídica del país. La Corte Constitucional señaló que

ellos "no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan". Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son mecanismos legales de justicia informal, lo cual no quiere decir que sean sustitutivos de la justicia formal, sino que se deben entender como complementarios a ella.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y adentrándonos a responder al interrogante planteado, como solución a este semillero de investigación, plantea que el codificar el orden de la audiencia preliminar, y hacer que la fijación del litigio, el decreto de pruebas, el saneamiento de las nulidades, se lleven a cabo antes de la audiencia de conciliación dejando esta de última, para garantizar la efectivización de la audiencia preliminar, y generando Celeridad Procesal.

Entendemos entonces, el proceso como instrumento para la realización de la justicia, siendo la palabra hablada o escrita los medios de comunicación en ese proceso, pues, las relaciones entre todos los sujetos de la re-

²² Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica – Concepto de Conciliación-

lación jurídica procesal, esto es, entre el juez y las partes pueden establecerse, ya oralmente, bien mediante la escritura, pero en los tiempos actuales, cuando el proceso se ha humanizado debe el director del mismo tener una participación mayor, ofreciéndola sin duda el sistema oral, mediante un proceso por audiencias²³.

Comencemos entonces por hacer un análisis del alcance del término jurisdicción, ante el tema de las facultades del juez en la historia del proceso.

En el Derecho romano, la palabra jurisdicción comprendía al mismo tiempo algunas facultades que hoy se conceden al Poder legislativo y las que tienen los tribunales. Bonjeau dice: la etimología de la palabra jurisdicción permite dar a esta expresión un sentido muy amplio, que comprende el poder legislativo lo mismo que el poder judicial: en efecto, *decir el derecho*, es reglamentar las relaciones sociales de los ciudadanos, sea creando una regla, sea aplicándola. De hecho, es cierto que a los romanos no les repugnaba que sus magistrados no tan solo suplieran el silencio de la ley, sino que tam-

bién con demasiada frecuencia modificaran la ley por medio de edictos generales, a los que colocaban entre las leyes propiamente dichas.²⁴

Piero Calamandrei, comentando su *"Elogio de los jueces"* ratifica que desde la edad antigua los jueces han sido el centro del proceso, y han cumplido una función activa en la búsqueda de la justicia. "En todo el libro, cualquiera que sea el tiempo en que las páginas han sido escritas, ha quedado constancia y sin variar de una convicción: que el buen funcionamiento de la justicia depende de los hombres y no de las leyes y que el óptimo sistema judicial es aquel en que los jueces y los abogados vinculados por recíproca confianza, buscan la solución de sus dudas, más que la pesada doctrina, en la viva y fresca humanidad."

El objetivo principal del papel que deben tener los Jueces Civiles es la necesidad de asumir el compromiso real y responsable de dirigir el proceso para cumplir el objetivo señalado por la Carta Política y el Código de Procedimiento Civil, según el cual debe prevalecer el derecho sustancial como objeto principal de todo

²³ III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela.

²⁴ Citado por, Romero Ángel Ascencio, *Teoría general del proceso*, México, Editorial Trillas, 2003.

procedimiento, sin olvidar la eficiencia que debe caracterizar la labor judicial. De igual forma, inducir al litigante a la probidad en el ejercicio profesional como premisa necesaria para la obtención de una administración justa, ágil y recta.

Basándose en principios desarrollados en la doctrina y en la jurisprudencia del derecho y en el sistema procesal colombiano: "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" Art.4 del C.P.C.

Quien haya leído estas reflexiones habrá encontrado que al litigante le interesa que los jueces civiles adopten la dirección del proceso de tal manera, que se haga realidad el uso de las herramientas que se otorga a la autoridad soberana que imparte justicia a los administrados.

Según la Facultad de derecho de la Universidad de los Andes:

1. Es necesario generar una cultura mediante la cual el juez encause el proceso aplicando las facultades legales, constitucionales y técnicas que permitan una respuesta a la solución de los litigios presentados, en tiempos reales.
2. Es necesario inducir al juez a hacer uso de las prácticas de eficiencia que le permitan agilizar las decisiones, pues por más justos que sean los fallos, si se prolongan en el tiempo se apartan del concepto propio de justicia.
3. Es importante adecuar las prácticas del litigante a través del uso probo y equilibrado de los instrumentos constitucionales, legales y técnicos con que se ha dotado a los jueces, pues de la modificación en el actuar del director del proceso se obtendrá la transformación de la actitud del litigante.
4. Es urgente que el juez asuma el compromiso que frente a la sociedad adquiere cuando administra justicia a quien reclama el derecho privado.
5. La función social de la administración de justicia en el derecho privado implica un compromiso tan delicado que la paz tan esquivada para Colombia, es el resultado de múltiples causas sin resolver, situación que ha generado desconfianza en la justicia y llevado al gobernado a buscar soluciones de hecho generadoras de violencia.

En nuestra legislación civil encontramos los deberes del juez,

en donde su primer inciso dice del deber de dirigir el proceso, en esta función se le está otorgando la potestad del estado social de derecho en la protección de los derechos de los ciudadanos. Para tales fines citamos una ponencia en la que se mencionan dichas funciones:

“Ese deber de dirigir el proceso tiene las siguientes connotaciones:

1. Está direccionado a obtener una rápida solución.
2. Conlleva la toma de medidas que impidan la paralización procesal.
3. Implica adoptar decisiones que procuren la mayor economía procesal.

Este deber legal que es imperativo para el juez, está ubicado por encima de la igualdad de las partes, lo cual no implica un desconocimiento a ese equilibrio procesal pero si envía un mensaje muy claro al juez pues prioriza en forma contundente su deber.”

Colorario

Praxis Iuris en su afán de contribuir al debate contemporáneo que aquí ocupa, ha diagnosticado un problema, que no se resuelve con la ardua tarea de implementar un sistema oral para

el proceso civil, pues de nada sirve realizar mixturas ni jugar en extremos si no se tocan los puntos esenciales de las falencias en la administración de justicia.

Estamos convencidos que optar por un sistema oral, o uno de audiencias orales, no cambiará en nada la realidad actual si no se hacen los ajustes necesarios a los procedimientos. En otras palabras, el problema no es el sistema escrito, sino el procedimiento actual. La oralidad no es la panacea como para pretender con ella solucionar las actuales falencias.

Claro está que este semillero ha encontrado el camino, como lo ha venido exponiendo, desde las ideas de un sistema de audiencias orales, pero no quiere limitarse a lo tradicional de esta postura pues encontraría su esfuerzo carente de resultados innovadores.

El problema que se ha encontrado podemos resumirlo de la siguiente manera: la carencia de la efectivización de los derechos en los procesos declarativos en materia civil.

Estamos convencidos de que lo anterior es posible gracias a dos realidades difícilmente refutables:

- Ineficacia del Proceso Civil; y
- Ausencia de un Director del Proceso

3. Saneamiento y Fijación del Litigio
4. Decreto de Pruebas

Lo anterior no solo se conoce por las innumerables denuncias, estudios, análisis e investigaciones hechas a la Rama y al Sistema Judicial Colombiano, sino que se percibe en el ambiente litigioso, y cualquiera que se haya acercado a un despacho judicial en aras de defender sus derechos (ya sea como activo o como pasivo) hace testimonio de la pobre realidad.

Y se objeta lo anterior basado en la carencia de soluciones prácticas, sobre todo en la ausencia de cualquier **relación** entre la conciliación y la fijación del litigio.

Hemos diagnosticado una utilidad real y efectiva en la relación que puede y debe darse a la audiencia preliminar, sobre todo en lo concerniente a involucrar la etapa de conciliación con las otras etapas que allí se surten.

Conclusiones

A manera de conclusiones, lo que conlleva la siguiente investigación, es plantear la consecuente tesis: el proceso civil actual de ninguna manera realiza, ni podría realizar, una verdadera efectivización de los derechos sustanciales de las personas.

Para ello *Praxis Iuris* propone, desde una perspectiva simplista, reorganizar la Audiencia Preliminar, pero aplicando en el método del pensamiento complejo.

Como ya lo hemos estudiado dicha audiencia consta de cuatro pasos:

1. Conciliación
2. Resolución de Excepciones Previas

No es lo mismo repetir una conciliación ya fracasada, bajo los postulados de la ley 640 de 2000 en audiencia preliminar, aislándola por completo del fin mismo de dicha primera audiencia, que intentar darle una verdadera y concreta utilidad frente a las otras etapas surtidas en dicha audiencia.

Es por eso que nuestra propuesta gira entorno a la necesidad de que, con la implementación de una relación y vinculación de la etapa de conciliación con las de Saneamiento y Fijación, Excepciones previas y Decreto de pruebas, se logre la efectivización de los derechos.

Para ello se propone la modificación del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil; no únicamente en lo relacionado con el orden en cómo se ha de surtir la audiencia allí descrita, sino destinando un fin propio a esta actuación procesal, que guiada bajo la luz de los fines constitucionales de nuestro Estado Social de Derecho, impulsada de la toga que inviste los poderes del juez y basada en los postulados de justicia, consiga, de una manera real, materializar los derechos subjetivos y adjetivos de las partes en conflicto.

De esta forma el Artículo 101 del Código de Procedimiento Civil buscará que en una audiencia –llamada preliminar-, dentro de un marco guiado por la oralidad y un procedimiento basado en el sistema de audiencias, la real y efectiva aplicación de todos y cada uno de los derechos de las partes en conflicto.

Se hará, primeramente, reorganizando las etapas que han de surtir en audiencia de la siguiente forma:

1. Se desarrollará lo concerniente a resolver excepciones previas,
2. Se saneará y fijará el litigio,
3. Se decretarán y practicarán las pruebas pedidas y las de oficio

que se consideren necesarias que por su naturaleza puedan llevarse a cabo en la misma audiencia.

4. Se llevará a cabo etapa de conciliación.

Este brinco que se pretende en la modificación del 101 del C.P.C. no es banal ni caprichoso en ningún sentido. Posee una gran fortaleza y en su espíritu debe guardar la importancia y la necesidad de que a la etapa de conciliación lleguen las partes con la guía de las anteriores actuaciones presentadas a fin de que en ella se surta un verdadero consenso sobre lo realmente neurálgico y esencialmente discutible.

Para ello es necesario que la interpretación y posterior aplicación que haya que darle al 101 del C.P.C. presente un gran énfasis en lo siguiente:

- Son fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho: *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia*

nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*²⁵.

- Son principios que orbitan la oralidad y la finalidad que con su implementación se busca: la concentración, la contradicción y la intermediación.

Y puede afirmarse que *“el verdadero ejercicio del juez como autoridad del juicio; esto es la materialización de las facultades o poderes que respecto al juicio éste tiene, sólo puede darse en un sistema de audiencias en donde reine el principio de intermediación. El proceso oral permite el contacto continuo e inmediato del juez con las partes y con sus representantes”*²⁶.

“En todos los casos en los que hay que valorar las declaraciones de

²⁵ Artículo 2. Constitución Política de Colombia 1991.

²⁶ Chiovenda, José. *Oralidad y Escritura en el Procedimiento. Consecuencias de la oralidad. Concentración Procesal*. 295 p.

*alguna, sea parte, testigo o perito, lo cierto es que la viva voz coloca al juez en mejores condiciones de apreciar lo declarado*²⁷.

Una aplicación, basado en lo anterior, permitirá que la Audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil no se ha de mero trámite procesal al estar aislada y desvinculada de las demás etapas del proceso.

Solo cuando las partes, bajo la dirección del juez, establecen y reconocen en un sistema de problemas jurídicos sus diferencias, pueden llegar a conciliar y de esta manera hacer efectivos sus derechos.

Bibliografía

Agudelo Ramírez, Martín. (2000). *Filosofía del derecho procesal*, Bogotá, Editorial Leyer.

Benabentos, Omar Abel. (2001). *Teoría general unitaria del derecho procesal*, segunda edición, Bogotá, Editorial Temis S.A.

Azula Camacho, Jaime. (2002) *Manual de derecho procesal*, Bogotá, Editorial Temis S.A.

Bernardo, Hübler. (1979). *Breviarios de derecho*. Edit. Ejea, Buenos Aires, págs. 17 y 21.

²⁷ Chiovenda, Giuseppe. *Análisis del Principio de la Oralidad*.

- Briceño Sierra, Humberto. (2004). *Derecho procesal*, México, Oxford University Press.
- Calamandrei, Piero.(2005). *Instituciones de derecho procesal civil*, Editorial Leyer, octubre, Bogotá D.C.
- “. Cfr., Calamandrei, P. (1980), *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, pp. 9-10.
- Carnelutti, Francisco. (1994). *Sistema de Derecho Procesal Civil*, T: UTEHA. Buenos Aires.
- Chiovenda, Giuseppe. (1949). *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa – América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires.
- Couture, Eduardo J. (1978). *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- Devis Echandía, Fernando. (2000). *Compendio de derecho procesal*, Bogotá, Editorial ABC.
- Goldschmidt, J. *Derecho Judicial Material*, trad. del trabajo publicado en 1905.
- Gómez Serrano, Laureano. (2008). *Hermenéutica jurídica: la interpretación a la luz de la constitución*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.
- Guarderas Izquierdo, Ernesto. (2008). *La Oralidad en el Proceso Civil*.
- Hamilton, Alexander. (2001). *El federalista*. - 2. ed Libros/Monografías. Publicación México: Fondo de Cultura Económica.
- López Medina, Diego. (2004). *Nuevas tendencias de la dirección del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Montesquieu. (1980). *“El Espíritu de las Leyes”*. Traducción y preparación: Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Valladolid. Ed Tecnos.
- Parra Quijano, Jairo. (2006). *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Librería y Ediciones del Profesional Ltda.,
- Ramírez Bastidas, Yesid. (2007). *Ediciones Doctrina y Ley Ltda*. Bogotá D.C., pg. XIII, véase Rafael Méndez, *Clásicos del pensamiento universal resumidos*, T.I., Bogotá, Intermedio Editores, 2000, pg.27.
- Romero, Ángel Ascencio. (2003). *Teoría general del proceso*, México, Editorial Trillas.
- Sagüés, Nestor. (1998). *La interpretación judicial de la constitución*, Buenos Aires - Argentina, Ediciones Depalma.
- Tejada, Horacio Cruz, Naizir Sistac, Juan Carlos. (2006). *El código de procedimiento civil a la luz de la Constitución Política*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Villamil Portilla, Edgardo. (1999). *Teoría constitucional del proceso*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Normas nacionales

Sentencia No. C-408/96, Fundamento Jurídico No 14.

Sentencia No. C-251-97. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia No. C-037-96. Ref.: P.E.-008. *Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia"*. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Santafé de Bogotá, D.C.; cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Sentencia No. T-028/93 del 4 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Sentencia No. T-532/94 del 27 de junio de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Sentencia No. T-310-95. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia No. T-655-00. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia No. T-308-93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El contrato realidad en la legislación de Colombia y Venezuela

Contract law of reality in Colombia and Venezuela

Jaime Alfonso Cubides Cárdenas²⁸

Resumen

Este es un breve análisis de las diferentes fuentes que nutren el Derecho en Colombia y Venezuela, donde el factor determinante para resolver el problema objeto de este estudio va a ser la jurisprudencia de los máximos tribunales de cada país.

El tema central gira en torno al problema de demostrar la existencia de relaciones laborales en las que se configure el contrato realidad, derivado del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, del cual se presume la existencia de relación laboral si se logran demostrar la actividad personal, la remuneración y, en especial, la continuada dependencia y subordinación del trabajador frente al empleador.

El desarrollo de la investigación se basa en ejes temáticos, el concepto de la jurisprudencia, el contrato realidad en Colombia, la primacía de la realidad en la Constitución, las normas relativas al contrato realidad y la jurisprudencia relevante en Colombia y Venezuela, todo esto con la finalidad de nutrir los ordenamientos jurídicos de ambos países con las decisiones judiciales de los máximos tribunales de cada uno de ellos, a fin de que sirva como intercambio de experiencias.

²⁸ Coordinador de investigaciones, Facultad de Derecho, Uniagraria. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista en Derecho Público de la misma Universidad, especialista en docencia e investigación con énfasis en ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda, Magister en Docencia e Investigación con énfasis en ciencias jurídicas de la misma casa de estudios. Magistrando en Derecho Administrativo de la misma universidad. Docente universitario e investigador, consultor externo y abogado litigante.

Abstract

This is a brief analysis of different sources that nourish the law in Colombia and Venezuela, where the determining factor to resolve the problem under study will be the jurisprudence of the highest courts in each country where central theme revolves around the problem of proving the existence of labor relations for you to configure your employment contract (contract actually) derived from the principle of the primacy of reality over form, where it is presumed that there is employment, if proved personal activity, pay and especially the continued dependence and subordination of the worker to the employer, therefore explained in themes, the concept of jurisprudence, the reality in Colombia contract, the primacy of reality in the Constitution, the rules reality on the contract and the relevant case law in Colombia and Venezuela, all with the aim of nurturing the laws of both countries by the judicial decisions of the highest courts of each, to serve as exchange of experience.

Palabras claves: Jurisprudencia, Primacía de la Realidad, Contrato Realidad, Derecho Laboral.

Key Words: Jurisprudence, The

primacy of the Reality, Reality Contract, Labor Law.

Introducción

Surge un gran interés de mi parte en una institución jurídica de bastante tradición como es la Jurisprudencia, la cual tiene muchas acepciones en el campo de las ciencias jurídicas pero que en esta investigación, de manera muy general y desprevenida, la denominaré "*decisión judicial*"; definiendo así a la Jurisprudencia que trato de reivindicar en estas líneas, como el pronunciamiento que hacen los jueces por medio de una sentencia donde se expresa la decisión de un caso concreto.

Para un lector desprevenido o para un crítico de los textos jurídicos, pareciera que es algo apresurado en la introducción definir el significado de dónde va a orbitar la siguiente exposición, sin más argumentos, demostraciones o explicaciones, aunque para mi es algo novedoso e innovador desde el principio dar el concepto de la institución que quiero entronizar como realidad material y como una forma por la cual el derecho como ciencia evoluciona.

Estoy convencido y trataré de que el lector tome conciencia de

que esta institución no puede ser circunscrita o resumida en simples anales o tomos de mucha tinta escrita por ilustres jueces de las más altas corporaciones que administran justicia en cualquier país, sin que la sociedad en general tenga conocimiento de sus ilustres elucubraciones o desaciertos.

Según Hoyos Lemus¹, “Se ha dicho que el derecho es lo que los jueces quieren que sea. De ahí la gran importancia que tiene la jurisprudencia (...) Por mucho que se pretenda estatuirlo como un simple “criterio auxiliar” de la actividad judicial, en la práctica se ha convertido en factor decisivo para la resolución de los conflictos sometidos a consideración de los jueces. Encontrar una jurisprudencia que se avenga al caso controvertido puede ser la tabla de salvación de una parte y la segura derrota para la otra”.

Hecha la anterior consideración preliminar, la cual considero de alta importancia en el presente documento, demostraré que las relaciones individuales de trabajo denominadas por la doctrina “*contrato realidad*”, tienen en la jurisprudencia la luz al final del camino que les servirá, de tabla

¹ Hoyos Lemus, Felix. (2007). *Temas relevantes de contencioso laboral*. Editora Guadalupe.

de salvación para que las interpretaciones hechas por los jueces puedan responder en el futuro a fallos verdaderamente relevantes, en términos de justicia y equidad para el empleado y empleador.

Problema de investigación

El presente escrito elabora una disertación sobre el contrato realidad, de una forma reflexiva teniendo como objetivo principal dejar una inquietud sobre el tema y no exponerlo en su integridad, pretendiendo ser una ilustración con fuentes de derecho comparado, en dos países como es Colombia y Venezuela, para incentivar o fomentar otras investigaciones que creen conocimiento y aporten a la academia, este es un tema de importante relevancia e innovación por los cambios de la sociedad en el Derecho Laboral, por ende se erige la siguiente pregunta *¿Cuál es el sustento del contrato realidad a la luz de las diferentes fuentes de derecho en Colombia y Venezuela y cuál es su incidencia?*.

Metodología

Se trata de un método de investigación de tipo descriptivo con base en lo expuesto por Hernández, Fernández y Baptista (2003):

"los estudios descriptivos se centran en recolectar datos que muestren un evento, una comunidad, un fenómeno hecho contexto o situación"; de tal forma se indagó por diversas fuentes de información recolectándolas, clasificándolas y realizando fichas de cada uno de los documentos encontrados para condensar la información y presentarla de manera sistemática y ordenada.

I. Concepto de jurisprudencia

En el sentido estrictamente etimológico de la palabra y por estar formada por los vocablos latinos "*iuris*" y "*prudencia*", el término "Jurisprudencia" significa pericia en el derecho, saber derecho, sabiduría en derecho y, la más aceptada en los siglos pasados, ciencia del derecho. La Real Academia Española² la define como:

1. f. Ciencia del derecho.
2. f. Conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen.
3. f. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordantes.

² Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Disponible virtualmente en la página de la Real Academia Española.

Las primeras definiciones las encontramos en la obra del *Digesto* pues aparece la célebre definición de "Jurisprudencia" de Ulpiano, muchas veces atribuida equívocamente a Justiniano:

"Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia"

Cuya traducción sería:

(Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto).

De igual forma, en un pasaje adyacente florece una excelsa cita de Celso: *Jus est ars boni et aequi*, que significaría "derecho es el arte de lo bueno y equitativo".

Conforme a las "Instituciones (*Institutas*)" explicadas en la obra maestra de Gayo (II d. c.), la jurisprudencia eran las respuestas de los prudentes, los juicios y opiniones de aquellos que tenían permiso de sentar derecho, con el agregado de que, cuando las opiniones de todos aquellos eran unánimes, tenían fuerza de ley; en tanto que cuando eran divergentes, el Juez podía seguir la que le satisficiera.

Para García Maynez (1984), la jurisprudencia "*es el conjunto de*

principios y doctrinas contenidos en la decisiones de los tribunales”, y según Pasquier (1944) “es el derecho (objetivo) que se desprende de los fallos pronunciados por los tribunales”.

Adam Smith en su libro *Lecciones sobre Jurisprudencia*, que es la recopilación de un conjunto de notas de clase tomadas por un estudiante en el curso que impartía Adam Smith en la Universidad de Glasgow en el año de 1762, donde impartía la cátedra de Filosofía Moral que abarcaba tres partes: Teología Natural, Ética y Jurisprudencia, ésta última dividida a su vez en Justicia y Policía, Smith se refiere a Jurisprudencia como a lo que hoy denominamos coloquialmente Derecho, por eso afirma en su trabajo que *“la jurisprudencia es la teoría de las reglas por las que deberían dirigirse los gobiernos civiles”.*

Pero más adelante, al explicar la actividad de los jueces a través de sus sentencias, afirma:

“Cada tribunal se encuentra limitado sólo por su propia práctica. Es necesario tiempo y una práctica repetida para establecer el significado preciso de una ley, o tener precedentes suficientes para determinar la práctica de un tribu-

nal”, se refiere nuestro autor en este aparte a la decisión judicial.

Es por ello que cuando hablamos de jurisprudencia nos vienen a la mente diferentes conceptos, no obstante, mi trabajo sólo se enfatiza en uno de ellos, cual es el pronunciamiento de los jueces por medio de sentencias donde se expresa la decisión de un caso concreto, solo para dar un concepto amplio, en *lato sensu*; es decir, jurisprudencia como decisión judicial.

Para lograr que mis palabras trasciendan, era necesario vislumbrar la magnitud de la institución analizada, como lo es la jurisprudencia, en cuya labor se busca describir toda esa grandeza al servicio del Derecho del Trabajo en uno de sus temas más álgidos y comunes en los despachos judiciales, como lo es el “contrato realidad”, partiendo del hecho de que una persona prestó su servicio de forma personal, con total dependencia y subordinación de otra y recibiendo un salario, sin que mediara aquella formalidad del documento escrito denominado contrato de trabajo, figura muchas veces desconocida por los empleadores, situación que en nuestro país se defiende bajo el argumento de que se trata de contratos de naturaleza civil,

bajo la tesis de que son simples contratos de prestación de servicios; y en Venezuela los han denominado de concesión mercantil. Esta simple explicación guiará al lector y lo sintonizará para que escuche lo que sigue.

II. El contrato realidad en Colombia

Para encontrar el origen del contrato realidad en Colombia, debía remontarme hasta los orígenes mismos de la legislación laboral y esto se encuentra en la jurisprudencia del extinto Tribunal Supremo del Trabajo³, instancia que precisó que las disposiciones establecidas en la Ley 10 de 1934⁴, constituyen la piedra angular como primer instrumento legal que modificó la antigua concepción del arrendamiento de servicios, para dar cabida al concepto moderno de contrato de trabajo. Posteriormente, dicho concepto fue desarrollado por el Decreto 2350 de 1944,

³ Decreto 1762 de 1956, suprimió el Tribunal Supremo del Trabajo y creó la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.

⁴ Ley 10 de 1934. (Noviembre 20). Diario oficial no 22.746, de 27 de noviembre de 1934. "Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados".

la Ley 6 de 1945⁵ y el Decreto 2127⁶ del mismo año, en cuyas normas se encuentra presente el principio de la existencia de la relación de trabajo, al señalar que aun cuando no se haya firmado un contrato, ni material ni formalmente, éste se presume celebrado, con la advertencia que introdujo en su momento el artículo 5 del Decreto 652 de 1935⁷, donde la interpretación del máximo Tribunal del Trabajo enseñó:

*"el hecho de que el contrato de trabajo no conste por escrito no priva al empleado particular de los derechos que le otorgan la ley 10 de 1934 y el presente decreto reglamentario"*⁸.

⁵ Ley 6 de 1945. (Febrero 19) Diario Oficial No 25.790, del 14 de marzo de 1945. "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo".

⁶ Decreto 2127 de 1945 (Agosto 28). Diario Oficial No 25.933 de 11 de septiembre de 1945. "Por el cual se reglamenta la Ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general".

⁷ Decreto 652 de 1935. "Por cual se reglamenta la Ley 10 de 1934, en lo relativo a los derechos de los empleados particulares".

⁸ Tribunal Supremo del Trabajo. Sentencia del 27 de Enero de 1950, juicio de Luis Francisco Quiroz Contra Aznázú Gold Dredging Co. Limited.

Lo que quiso el sentenciador de esa época, era poner de presente que, bien al indagar sobre la naturaleza de la relación laboral, puede ser de carácter verbal o escrito y que, el caso sub examine, responde a la primera modalidad, dado que el trabajador había prestado sus servicios personalmente, desgastando su energía de trabajo bajo la dependencia y subordinación de la empresa demandada y recibiendo en contraprestación el pago de un salario. Es de allí, que se deriva la certidumbre de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, más no de la circunstancia de un previo acuerdo escrito, cuya tesis es la que mayoritariamente ha predominado en Colombia pero que, con la expedición de la Constitución Política del año 1991, se elevó dicho criterio a principio constitucional.

III. La primacía de la realidad en la Constitución

El fenómeno de la Constitucionalización del derecho no ha sido ajeno al Derecho Laboral, por eso sus principios fundamentales hacen parte de las Constituciones de los Estados, encontrando

en las cartas políticas de Colombia y Venezuela, artículos 53 y 89, respectivamente, el principio de la primacía de la realidad, en los siguientes términos:

“Constitución Política de Colombia. Artículo 53⁹. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;** garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la*

⁹ Constitución Política de Colombia de 1991. Esta versión corresponde a la segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (...).

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (...)."

De esta forma el constituyente colombiano de 1991 impuso una obligación al legislativo y plasmó como norma constitucional los principios mínimos fundamentales, a pesar de que el estatuto del trabajo continúa en deuda por parte del legislativo y del propio ejecutivo, transcurridos diecinueve años desde la expedición de la norma suprema. No obstante, debemos manifestar que al contar con estos postulados como primicias orientadoras del derecho del trabajo en Colombia, ha sido una herramienta de gran peso jurídico que ampara el derecho de los trabajadores.

A continuación el artículo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

"Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 89¹⁰. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del

¹⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999.

Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones

materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

*Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. **En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias**" (...).*

La carta magna de Venezuela consagra unas disposiciones que cualquier abogado laboralista envidiaría tener en sus códigos o normas laborales, porque en el aparte subrayado se menciona que ninguna ley, es decir, ningún acto jurídico podrá alterar la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En otras palabras, siempre en cuestiones laborales se reformará de mejor forma, es decir, más provechosa y en condiciones más beneficiosas a los trabajadores. Pero, esta hermosa acepción no termina allí, pues consagra el objeto de nuestro estudio, de forma general, manifestando categóricamente que en las relaciones laborales prevalece la

realidad sobre las formas o apariencias.

IV. Normas relativas al contrato realidad

En Colombia se extraen las normas relativas del contrato realidad, en primer término, del artículo 22¹¹ del Código Sustantivo del Trabajo¹² que define el contrato individual de trabajo. No obstante, la sustancia de la materia se encuentra en el artículo 23 del referido código, en el cual se consagran los elementos esenciales y, con especial referencia, en su numeral segundo, según el cual:

¹¹ Código Sustantivo del Trabajo de Colombia. "Artículo 22. Definición.

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario".

¹² Código Sustantivo del Trabajo. Esta edición se trabajó sobre la publicación de la Edición Oficial del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951.

"Artículo 23. Elementos Esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
- c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de

trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

Visto lo anterior, forzosamente se concluye que cuando se reúnan los tres elementos, es decir, prestación personal del trabajador, subordinación y dependencia hacia el empleador, y un salario en retribución del servicio, existe un contrato de trabajo, el cual no deja de serlo por razón del nombre que se le de, ni por la presencia de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Pero además de esta disposición, encontramos la presunción legal de que en toda relación de trabajo personal, se encuentra incurso la figura del contrato de trabajo, tal como lo prevé el artículo 24 del código, según el cual:

“Artículo 24. Presunción. <Artículo modificado por el artículo 20. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. **Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.**

En Venezuela, el contrato realidad lo podemos derivar de un artículo de la Ley Orgánica del

Trabajo¹³, precisamente de lo enunciado en el artículo 65 que prescribe:

“Artículo 65. Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba.

Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a instituciones sin fines de lucro con propósitos distintos de los de la relación laboral”.

De esta norma emana la presunción de existencia de una relación de trabajo entre empleado y empleador, cuando el primero preste un servicio personal a otro y éste lo reciba, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo Venezolana, el cual establece la remuneración y la dependencia que debe tener el empleado frente al empleador.

V. Jurisprudencia relevante sobre el contrato realidad en Colombia

La Corte Constitucional en la primera decisión judicial que abor-

¹³ Ley Orgánica del Trabajo. Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario de 19 de junio de 1997.

dó frente al tema del principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales, contenida en la Sentencia **C- 323-94**, con ocasión de la demanda presentada por el ciudadano Félix Hoyos Lemus, quien en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó la inexecutable del literal a) del artículo 39 y el artículo 40 del Decreto 1647 de 1991, bajo el argumento de que las disposiciones acusadas son violatorias del Preámbulo, y de los artículos 25, 53, 58, 125 y 243 de la Constitución Política, 23 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y 6o. y 7o. del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, señaló:

“Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales

El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico

co que así suceda, pues nunca lo substancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo substancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política”.

En la sentencia de tutela **T-092 de 1994** la Corte Constitucional, estudió una acción de tutela fallada en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) Regional Meta, en la cual se pretendía el amparo de los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los niños desamparados de Villavicencio, especialmente de aquellos que deambulan por el Parque Santander, el Parque del Hacha, el Parque de Banderas, el sector aledaño al Almacén “Yep” y al establecimiento comercial denominado “Don King”, en el Barrio La Grama, derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política; en esta oportunidad, la Corte señaló:

“Uno de los avances más notables de la Carta Política, consiste en establecer la primacía de la realidad, en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales sean meros enunciados abstractos. Por el contrario, el

espíritu de la Carta busca que ellos sean efectivos”.

En la sentencia hito **C-555 de 1994**, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, el Tribunal Constitucional consideró el caso bajo el ropaje de un supuesto contrato de prestación de servicios de una entidad pública, en el cual se disfraza una relación de trabajo, señalando:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (C.P. art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se

configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.

“El principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En un Estado social de derecho, fundado en el trabajo (CP art. 1), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo.

Se concluye de lo anterior que el derecho del trabajo bien puede imponerse al Estado y regir una relación de servicio que, pese a su calificación formal diferente, exhiba concretamente las notas que permitan reconocer la existencia de una prestación laboral y, así, determinar que lo que existe es un contrato de trabajo realidad.

En la misma sentencia, se trae una nota jurisprudencial antecedente, según la cual:

“Lo anterior no obsta para que en un evento de abuso de las formas jurídicas, en gracia del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (CP art. 53), se llegue a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios que en su sustancia material equivalga a un contrato de trabajo, en cuyo caso la contraprestación y demás derechos de la persona se regirán por las normas laborales más favorables”.¹⁴

No obstante, en esa misma decisión judicial, se señaló expresamente una regla jurisprudencial que establece que si en el contrato de prestación de servicios realizado con el Estado se ocultó un contrato de trabajo, éste dará lugar al reconocimiento legal de todos los derechos que de él se desprendan, sin que el Juez Laboral pueda otorgarle reconocimiento de servidor público, empleado público, ni trabajador oficial, al disponer:

“Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la C.P. Sin embargo, a partir de esta premisa,

no podrá en ningún caso conferirse el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal”.

El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse, tanto a particulares como al mismísimo Estado. Su finalidad, no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público.

En el salvamento de voto de la **Sentencia C-140/95**, realizado por el Dr. Vladimiro Naranjo

¹⁴Corte Constitucional, Sentencia C-056 del 22 de febrero de 1993.

Mesa, explica la autonomía del legislador para establecer las formas propias de cada juicio y, en particular, para señalar las reglas de la casación en materia laboral, expresó sobre esta norma un disenso que introdujo en la jurisprudencia colombiana, por primera vez, el término de contrato realidad:

“En efecto, el artículo 7o. de la Ley 16 de 1969, desconoce principios fundamentales orientadores del debido proceso, tales como la libre apreciación de los medios probatorios, que reemplazó a la tarifa legal de pruebas con lo cual, no sería admisible hoy sostener que la gama compleja de relaciones jurídicas laborales que día a día vienen surgiendo de los nuevos hechos económicos y sociales de producción, distribución, intermediación o consumo, motivados por las nuevas circunstancias que atraviesa la economía nacional e internacional, se limiten a ser apreciados únicamente en el documento auténtico, en la confesión judicial y en la inspección ocular, pues las nuevas relaciones de trabajo, han tomado un giro novedoso, como relación de factores económicos y tecnológicos que invitan a la flexibilización del derecho laboral, con lo cual también el contrato de trabajo no requiere términos específicos o sacramen-

*tales, que identifiquen la relación jurídica que se establece entre las partes. Basta que concurren los elementos constitutivos del contrato para que éste exista y las partes queden sometidas a la ley sustantiva del trabajo. **Por consiguiente, no importa la forma que se adopte o la denominación que se dé, en el “contrato realidad”, lo importante es la prestación permanente del trabajo y su carácter subordinado, es decir que en materia laboral, la primacía de la realidad es más importante que los datos formales del presunto contrato de trabajo,** con lo cual la regulación procesal demandada, (art. 7o. de la Ley 16 de 1969), en materia de error de hecho, que será motivo de casación laboral, no solamente puede provenir de falta de apreciación o apreciación errónea de unos medios de pruebas únicos, limitados y excluyentes, sino de tener en cuenta la realidad objetiva del desenvolvimiento de las relaciones laborales que pueden ser probadas con declaraciones de parte, testimonio de terceros, indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”.*

En la Sentencia **T-166/97**, Magistrado Ponente el Dr. José Gregorio Hernández Galindo, la Sala de Revisión de la Corte estudió

el caso del ciudadano JOSÉ IGNACIO CASTRO, quien tiene 70 años de edad. Su esposa, ROMELIA BARRANTES, alcanza ya los 76 años. Según su relato, desde hace 56 años viven en la propiedad “El Chircal”, hoy “Ladrillera El Porvenir”, ubicada en el municipio de Viotá (Cundinamarca), que era de propiedad de Enrique Emigio Buitrago París, a cuyo servicio trabajó el accionante de manera permanente.

Durante el tiempo de su vinculación laboral, la pareja jamás fue afiliada a un sistema de seguridad social (salud, pensiones, riesgos profesionales), estando siempre desprotegida, al igual que su familia. El polvo ocasionado por el proceso de producción de los ladrillos, produjo en la señora enfermedades respiratorias que han limitado su capacidad laboral, al punto de impedir el desarrollo de cualquier actividad que implique esfuerzo. El salario recibido por el demandante fue siempre bajo, pero su situación empeoró a raíz de la muerte de su antiguo patrono, pues los herederos de éste decidieron asumir una conducta indolente ante las necesidades del trabajador y de su esposa.

Castro decidió acudir a la Inspección de Trabajo del municipio

de La Mesa y citar a los presuntos herederos de su otrora empleador, con el fin de buscar un arreglo amistoso respecto a sus acreencias laborales, correspondientes a salarios y prestaciones, así como frente al reconocimiento de su pensión de jubilación y de su seguridad social. Lejos de obtener algún avance en la materia, el solicitante fue objeto de una violenta reacción por parte de la familia Buitrago, pues, por decisión unilateral de ésta, le fue suspendido el pago de veinte mil pesos (\$20.000) semanales que venía haciendo uno de los miembros de ella.

El actor ejerció la acción de tutela por considerarse afectado, no sólo en sus derechos laborales, sino por la amenaza existente contra su vida y particularmente contra la de su esposa enferma.

Al analizar el caso, la alta Corte dijo:

“El trabajo es valor fundamental de la Constitución Política y merece, según ella, la especial protección del Estado, independientemente de la modalidad que asuma mientras sea lícita”.

Al establecer, de manera imperativa para el legislador y por supuesto para todos los operadores jurídicos y los particulares, las ga-

rantías mínimas que se brindan en nuestro ordenamiento a los trabajadores, el artículo 53 de la Carta ha enunciado, entre otras, la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, mandatos constitucionales aplicables al caso en estudio”.

Acerca de la remuneración mínima, la Corte reiteró su posición al señalar:

“Para el trabajador, recibir el salario -que debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, como lo dispone el artículo 53 de la Constitución- es un derecho inalienable de la persona y, por ende, el pago del mismo es una obligación del patrono, que debe cumplir de manera completa y oportuna, a satisfacción del trabajador y de conformidad con lo acordado.

Los trabajadores, según el artículo 53 de la Constitución, tienen derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, lo cual significa que el desempeño de sus labores está condicionado al pago periódico de las sumas que el patrono se obliga a cancelarles.

El pago del salario tiene su razón de ser no solamente en el imperativo de recompensar el esfuerzo realizado en beneficio de los fines que persigue el patrono, según las reglas de su vinculación laboral, sino como elemental medio de subsistencia para el trabajador y su familia. De allí su carácter esencial en toda relación de trabajo, sea ella contractual o legal y reglamentaria. (...)

Ahora bien, para que cumpla los enunciados cometidos, en especial si se tienen en cuenta factores tales como la precariedad de los ingresos del trabajador, la inflación y la consiguiente pérdida del poder adquisitivo de la moneda, el pago del salario debe ser oportuno, es decir, ha de producirse dentro de los términos estipulados o previstos en el correspondiente régimen jurídico.(...)

La cancelación tardía de los emolumentos debidos al trabajador lesiona gravemente sus derechos, en particular el que tiene a trabajar dentro de unas condiciones dignas y justas (artículo 25 C.P.), y compromete la responsabilidad del patrono”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-063 del 22 de febrero de 1995.

Se trata, como puede verse, de asegurar al trabajador un ingreso que

sea suficiente, al menos, para subsistir. Por poco que devengue, el asalariado debe recibir el mínimo, lo cual se constituye en norma de orden público, imperativa y obligatoria, no susceptible de pacto en contrario, de renuncia por parte del trabajador, ni de transacción entre los contratantes “(...)

Así pues, es claro que la garantía constitucional estriba en hacer efectivos los derechos de orden legal que favorecen al trabajador, quien, indefenso ante el poder del patrono y en razón de sus apremiantes necesidades, podría consentir de manera forzada en la renuncia a sus prerrogativas y derechos, a cambio del beneficio de un ridículo pronto pago que lo saque de apuros.

Puede en estas circunstancias suceder que el Empleador se aproveche de la inferioridad y la urgencia del trabajador, para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones, le genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, a la luz de la utilización de modalidades contractuales enderezadas a su interpretación, en la búsqueda de disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos.

Pues bien, la Sala de Revisión de la Corte, con base en el material probatorio aportado, encontró que la situación del accionante debe ser resuelta con arreglo a los postulados constitucionales a los que se acaba de aludir, procediendo a protegerle el derecho y a concederle la acción.

Otro caso contenido en la Sentencia **T-174/97**, el señor José Orlando Abril trabajó como celador en el colegio oficial denominado “Instituto Industrial Piloto”, ubicado en Santa Fe de Bogotá, desde el 17 de agosto de 1993 hasta el 17 de febrero de 1994. Para prestar sus servicios fue autorizado mediante oficio del 11 de agosto de 1993, proferido por la Secretaría de Educación del Distrito Capital.

Desde el comienzo, ABRIL se dedicó a las labores encomendadas, pero no recibía pago alguno, puesto que el acto que legalizaba su nombramiento y posesión se encontraba en trámite. Tan sólo vino a ser nombrado por Resolución del 30 de diciembre de 1993 y se posesionó el 17 de febrero de 1994.

Según lo afirmado en la demanda, por el tiempo comprendido entre el día en que efectivamente comenzó a trabajar y la fecha

de su posesión no se le canceló suma alguna por concepto de salarios, subsidio de transporte, alimentación, horas extras, diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, compensatorios y, en general, por las prestaciones sociales causadas en ese lapso.

El 5 de agosto de 1994 el Ministerio de Educación Nacional (Fondo Educativo Regional de Santa Fe de Bogotá) envió al reclamante una comunicación en la que le informaba que no podía hacerse pago alguno por el tiempo laborado, pues sólo a partir de la posesión, y reconocida la novedad por la oficina correspondiente, tenía su salario justificación legal.

Varios intentos posteriores de parte del actor y comunicaciones suyas escritas y verbales dirigidas a los distintos funcionarios de la Secretaría de Educación del Distrito fracasaron, puesto que, según afirmó, no hubo respuesta alguna.

Frente a este caso, la colegiatura Constitucional estableció:

“Es propio de la dignidad en que debe desenvolverse la relación laboral que el trabajo se remunere proporcionalmente a su cantidad y calidad, como lo impone el artículo 53 de la Constitución.

Todo trabajo debe ser remunerado, desde el primer minuto en que se presta, pues del salario depende la subsistencia del trabajador y el sostenimiento de su familia. Que se le pague por vincular su fuerza, su ingenio, su pericia y su tiempo a las finalidades de otro -sea éste una persona privada o el mismo Estado- es algo que se constituye en derecho inalienable a partir del trabajo mismo y no por las solemnidades o trámites de índole legal o reglamentario con base en las cuales se haya pactado la prestación de servicios personales.

En el proceso materia de revisión, obra en el expediente constancia expedida el 18 de octubre de 1994 por el Rector y la Secretaria del Instituto Técnico Industrial Piloto de Santa Fe de Bogotá, en el sentido de que “el señor José Orlando Abril, con C. de C. No. 19.203.324 de Bucaramanga, trabaja en este Instituto desde el diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993) a la fecha, inclusive, del presente año como CELADOR 6020-03, enviado por la Secretaría de Educación D.C., según oficio No. 211-1071”.

La constancia agrega que “tomó posesión del cargo de CELADOR el día diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro

(1994), Acta de posesión No. 027 y Resolución de nombramiento No. 2885 de fecha diciembre 30 de 1993”.

También aparece en el expediente copia de una carta del 11 de agosto de 1993, dirigida al Rector del Colegio por la Coordinadora de Planteles Nacionales de la Secretaría de Educación del Distrito, en la cual comunica “que el señor José Orlando Abril se encuentra autorizado para prestar sus servicios como celador 6020-03 en ese plantel, en reemplazo de Segundo Daniel Fuquen”, agregando que “el acto administrativo que legaliza dicha novedad se encuentra en trámite”.

No obstante ese antecedente y el efectivo trabajo del actor, el Fondo Educativo Regional de Santa Fe de Bogotá expresa, en oficio del 5 de agosto de 1994:

“En atención a su oficio radicado el pasado 14 de julio del presente, me permito comunicar a usted que esta oficina no puede entrar a hacerle pago alguno por el tiempo laborado sin acto administrativo de nombramiento durante el año 1993 en el Instituto Técnico Industrial Piloto; solamente a partir de la posesión como celador, la oficina de novedades inició el pago correspondiente”.

Más aún, en contraevidente respuesta a la reiterada petición del demandante, la Coordinadora de Planteles Nacionales, el mismo despacho desde el cual se había enviado la carta del 11 de agosto de 1993, manifestó:

“En relación con la petición formulada por usted en comunicación radicada con el número y fecha de la referencia, atentamente me permito reiterarle que no es posible atender su solicitud por cuanto no medió un acto administrativo suscrito por el nominador, que le autorizara a laborar ese tiempo”.

No sólo se afectó, entonces, el derecho del trabajador al pago de su salario sino que se burló su buena fe, en abierto desconocimiento de la norma consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política.

En este proceso lo relevante para proferir el fallo a favor del accionante, fueron las certificaciones que mediaron entre patrono y trabajador, con base en la cuales se ordenó pagar el salario dejado de percibir, puesto que un acto del empleador emitiendo su voluntad y reconociendo su situación laboral es suficiente para tutelar el derecho a favor del trabajador.

En la Sentencia C-401/98 la Corte aclaró que la demostración de la permanencia de la relación no permitiría, en ningún caso, el acceso directo a la carrera administrativa de los servidores públicos. Esta demostración tendría efectos tan solo frente al reconocimiento de las prestaciones sociales desconocidas, pues es sabido que para el acceso a dicha carrera, es necesario el cumplimiento de los requisitos de rango constitucional y legal exigidos para ello (concurso de méritos, pruebas generales y específicas, periodo de prueba, calificaciones y finalmente la inscripción en la carrera).

Tanto la ley¹⁵ como la jurisprudencia han establecido la presunción de existencia de una relación laboral al margen del nombre asignado al contrato, lo que ha sido denominado como

¹⁵ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 24.-Modificado. Ley 50 de 1990, Artículo 2o. Presunción. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

No obstante, quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada.

contrato realidad, es decir "aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma."¹⁶

De acuerdo con lo anterior, cuando se hace referencia a una "relación laboral" se debe entender que ésta no depende de la clasificación y/o denominación que se le haya dado al contrato formalmente celebrado, sino de las

¹⁶ Sentencia T-1109 de 2005 MP: Humberto Sierra Porto. En la sentencia T-180 de 2000, MP: José Gregorio Hernández Galindo también se dijo: ""(...) lo determinante para que se configure la relación laboral y para que nazcan las correspondientes obligaciones en cabeza del patrono es la concreta y real prestación de servicios remunerados en condiciones de dependencia o subordinación.

De allí resulta que el acto del patrono por medio del cual desvincula formalmente a su trabajador queda sin efecto si, de hecho, con el consentimiento del empleador, aquél continúa por poco o mucho tiempo ejecutando las labores propias de su antigua vinculación.

Por ello, el contrato de trabajo no tiene que constar por escrito, lo cual significa que la existencia jurídica del vínculo laboral no está ligada a documento alguno sino a la relación efectiva. El documento suscrito por las partes solamente sirve para regular con mayor precisión las relaciones recíprocas, laborales y económicas, en un plano de libre y voluntario acuerdo. Pero, si no lo hay, no por ello desaparece ni se desdibuja el convenio..."

condiciones reales en las que se desarrolla la actividad. Por lo tanto, si se encuentran los elementos esenciales mencionados, se deberá entender que existe una relación de tipo laboral con todas las implicaciones que ello implica.

Así mismo, la Corte ha destacado que el elemento determinante y diferenciador de la relación laboral es la subordinación. En la sentencia C-386 de 2000¹⁷ se dijo al respecto:

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el

¹⁷ Sentencia C-386 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél”¹⁸

Uno de los postulados desarrollados de manera más prolija en materia laboral por esta Corporación, es aquel conocido como el “principio de contrato realidad” o “primacía de la realidad sobre las formalidades”¹⁹. En sentencia C-166 de 1997, esta máxima guarda relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 del texto constitucional como uno de los preceptos rectores de la administración de justicia.

En desarrollo de esta máxima, corresponde al juez llevar a cabo un atento examen de cada uno de los elementos que rodean la prestación de servicios, de manera tal que logre determinar el

¹⁸ Sentencia C-386 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁹ Sentencias T-286 de 1994, T-290 de 1994, T-469 de 2004, T-793 de 2003, T-489 de 1999, T-798 de 1999, T-290 de 2006, C-124 de 2004, C-425 de 2005, T-203 de 2000, T-1006 de 2004, entre otras.

contenido material de la relación que subyace a la pretensión de las partes que se dirigen a la autoridad judicial. En tal sentido, el operador jurídico se encuentra llamado a prescindir de los elementos formales que envuelven el contrato, con el único objetivo de establecer si en el caso concreto se presentan los elementos que de acuerdo al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo definen el vínculo laboral.

Como ha sido señalado en precedencia, este principio, que confía una labor calificada a las autoridades judiciales, es uno de los instrumentos consignados en el texto constitucional que busca aminorar el desequilibrio propio de las relaciones laborales, pues, en otras palabras, lo que pretende dicho postulado es asegurar que el operador jurídico deleve el eventual aprovechamiento de la situación de necesidad e inferioridad en que se encuentra el trabajador, la cual beneficia al empleador, quien pretende encubrir el contrato de trabajo y, por esta vía, verse exonerado de las obligaciones prestacionales que le corresponden, tal como lo señaló la Corte en la sentencia T-992 de 2005, según la cual *"En conclusión, el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales permite determinar la si-*

tuación real en que se encuentra el trabajador respecto del patrono, la realidad de los hechos y las situaciones objetivas surgidas entre estos. Debido a esto es posible afirmar la existencia de un contrato de trabajo y desvirtuar las formas jurídicas mediante las cuales se pretende encubrir, tal como ocurre con los contratos civiles o comerciales o aún con los contratos de prestación de servicios".

Aunado a lo anterior, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece una presunción que ha de tenerse en cuenta en el marco de las relaciones laborales. Textualmente, la disposición en comento establece lo siguiente: *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*. Sobre el particular, en sentencia C-665 de 1998 la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló que existe una suerte de sinergia entre esta presunción y el principio de primacía de la realidad, que apunta al propósito de brindar cabal protección a las garantías ofrecidas por el texto constitucional al trabajador. Empero, señaló que el tipo de presunción establecida por el Código era de naturaleza legal, razón por la cual podía ser desvirtuada por el empleador mediante la acreditación del hecho contrario, esto es,

*probando que el servicio personal del trabajador no se prestó con el ánimo de que le fuera retribuido, o en cumplimiento de una obligación que le impusiera dependencia o subordinación "sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente"*²⁰.

La Corte ha establecido, a través de reiterados pronunciamientos, que, de acuerdo con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas²¹, independientemente de la denominación que se le dé al contrato o a la relación por virtud de la cual una persona presta sus servicios personales a otra, si en la práctica se comprueba la existencia de unos elementos específicos, definitorios de una relación de trabajo, será necesario concluir que el vínculo existente es de carácter laboral.

En ese sentido, la noción del "contrato realidad" parte de la estructuración fáctica de los elementos determinantes de una relación de orden laboral, éstos son: (i) prestación personal de

servicios, (ii) subordinación o dependencia, lo que se manifiesta en el cumplimiento de órdenes y (iii) salario como contraprestación del servicio prestado. La determinación de la ocurrencia de estos elementos implica una labor que, en principio, no se encuentra dentro del ámbito del juez de tutela, por lo que debe acudir a la jurisdicción ordinaria para que sea el juez laboral quien con su decisión, zanje el conflicto planteado y determine la naturaleza y condiciones de la relación existente. Sin embargo, en ciertos eventos y bajo la premisa de que pueden verse comprometidos los derechos fundamentales a la integridad, mínimo vital y vida digna de mujeres en estado de embarazo y del nasciturus o recién nacido, según el caso, la Corte Constitucional ha procedido a analizar, bajo la noción del "contrato realidad", si es posible derivar una relación de orden laboral de una vinculación que formalmente responde a cualquier otro orden.

VI. La jurisprudencia relevante en contrato realidad en Venezuela

En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado

²⁰ Ver sentencia T-255 de 2004.

²¹ Este principio en el ámbito laboral se encuentra establecido en el artículo 53 de la Carta Política.

en las Sentencias N° 61 de Sala de Casación Social, Expediente N° 98-546 de fecha 16 de Marzo de 2000 y ratificados en igual forma N° 366 de Sala de Casación Social, Expediente N° 00-197 de fecha 09/08/2000, donde se expone el mismo extracto:

“la existencia de un contrato de compra venta mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otra persona distinta a los demandantes, de manera ocasional, no son suficientes para desvirtuar la existencia de la relación de trabajo, pues de las pruebas examinadas por el juez de Alzada se evidencia que no fueron destruidos los elementos característicos de la relación de trabajo: prestación personal del servicio, labor por cuenta ajena, subordinación y salario, pues no basta la existencia de un contrato mercantil entre el patrono y un tercero y la prestación accidental del servicio por otra persona, por aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad, (...) para desvirtuar la presunción laboral, sino que debió el patrono demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía, que permitieran al juez arribar a la absoluta convicción de que la relación

jurídica que los vincula es de una condición jurídica distinta”.

En sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, sala constitucional Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán Que **“[e]l eje central del debate estaba centrado, desde la misma interposición de la demanda, en determinar si la legislación laboral venezolana debe aplicarse a toda la relación de trabajo, que duró desde el día 1 de junio de 1999 hasta el 15 de octubre de 2004, como lo alegó [su] representado durante todo el juicio; o si sólo debía aplicarse al segmento de la relación laboral que el trabajador cumplió en la República Bolivariana de Venezuela, entre el 1 de junio de 1999 y el 1 de enero de 2000, como lo alegó la contraparte”** (Resaltado del texto transcrito).

Esta Sala precisa:

Denunció, en primer lugar, que el fallo *sub exámine* violó la confianza legítima y la seguridad jurídica, de su representado *“(...) toda vez que negó la procedencia de las prestaciones sociales y demás beneficios de rango constitucional (...) fundamentándose en supuestos fácticos y normas sobre las cuales anteriormente favoreció a otros justiciables”*, profiriéndole

un trato desigual al aplicar consecuencias jurídicas distintas a otros casos que resolvió esa Sala con características idénticas al suyo, en el que "(...) *ha reconocido como 'CRITERIO REITERADO' que en el supuesto de trabajo convenido en Venezuela, le resulta 'aplicable el derecho venezolano para la vigencia completa del contrato laboral incluyendo el servicio prestado fuera del territorio nacional'*". (Mayúsculas, subrayado y negritas propias del texto transcrito).

Alegó, en segundo lugar, que el fallo objeto de revisión violó el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y del orden público de la legislación laboral.

Por último, argumentó, que en el fallo impugnado descontextualizó e interpretó erróneamente el principio de primacía de la realidad sobre las formas, contenido en el artículo 89.1 Constitucional.

Por último, el solicitante de la revisión alegó en su escrito que el fallo cuestionado, interpretó erróneamente el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias [artículo 89.1 Constitucional], al aplicarlo "...***a favor del patrono de manera contraria e inconstitucional...***".

En tal sentido, observa la Sala que en la decisión objeto de revisión, no se advirtió cómo el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, además de incurrir en el vicio de incongruencia, interpretó erróneamente el *principio de primacía de la realidad sobre las formas*, para de manera forzada negarle al trabajador la protección del ordenamiento laboral venezolano cuya aplicación territorial conforme a la Ley Orgánica del Trabajo había determinado la Sala de Casación Social en sentencias citadas *ut supra* Núms. 377/2004, 1099/2005 y 1792/2005.

Al efecto, el Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas al analizar el caso concreto señaló que:

"...la formalidad (...) se vió (sic) rebasada por la realidad constituida por la efectiva prestación del servicio en las oficinas de ORACLE DE VENEZUELA, C.A., (...) el sentenciador concluye que no resulta aplicable la legislación venezolana al caso bajo estudio sino durante el período laborado en el país, por cuanto, evidenció del análisis probatorio que la voluntad de las partes, con-

tenida en la oferta de trabajo y en la aceptación a ésta, fue la celebración de un contrato de trabajo, que, por la naturaleza del cargo a desempeñar, Director de Impuestos de la Corporación a nivel de Latino América, acarrea la prestación del servicio personal fuera de Venezuela, lo cual debió haber sido comprendido a cabalidad por el demandante, pues ejerce la profesión de abogado. Es por ello que, en virtud de la oferta de trabajo realizada, así como de las funciones que en razón del cargo debía desempeñar el actor, la prestación del servicio debía realizarse en el exterior y si bien, éste realizó labores en Venezuela, al comenzar la relación de trabajo, fue únicamente mientras se realizaban los trámites necesarios para la obtención de los documentos necesarios para trabajar en Estados Unidos de América, siendo durante este lapso, únicamente, que la Ley Orgánica del Trabajo reguló dicha relación, no pudiendo extenderse su territorialidad mas allá del mismo”.

Además de incurrir en el vicio de incongruencia, no deja de sorprender a esta Sala el razonamiento del superior de instancia al postular una versión nominalista del principio constitucional de primacía de la realidad que constituye su propia negación, ya que de ninguna manera la

primacía de la realidad puede demostrarse de la voluntad contractual de las partes, cuando es precisamente todo lo contrario, la realidad de la relación de trabajo se impone sobre lo negociado contractualmente.

En una sentencia dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo, con Magistrado ponente Dr. OMAR ALFREDO MORA DÍAZ, se vislumbra la línea jurisprudencial y el criterio para fallar en casos análogos como la misma corporación lo señala en su decisión; en el juicio por pago de prestaciones sociales y otros beneficios que sigue el ciudadano **MARIO MEDINA**, se precisó:

“Esta Sala ha fijado la aplicación e interpretación que debe dársele al artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2000, caso Carlos Luis De Casas contra Seguros La Metropolitana S.A., se estableció lo siguiente:

“...es importante destacar el contenido del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual textualmente expresa:

‘Se presumirá la existencia de la relación trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. Se exceptúan aquellos ca-

sos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a instituciones sin fines de lucro con propósitos distintos de los de la relación laboral.

La doctrina patria con relación a la presunción de la relación de trabajo estipulada en el citado artículo 65 de la Ley Orgánica de Trabajo, ha expresado:

‘Puede definirse la relación de trabajo, ‘como la relación jurídica que existe entre el trabajador y su patrono, cualquiera que sea el hecho que le da nacimiento’ (...) otra definición bastante descriptiva es la que hace Mario de la Cueva, quien afirma que la relación de trabajo ‘es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo’. La presunción apunta a desarrollar una protección amplia al trabajador, en el sentido de reconocer consecuencias jurídicas al solo hecho de la prestación del servicio personal, mediante la incorporación de una presunción *juris tantum* a favor del mismo.

La presunción admite prueba en contrario y por lo tanto, puede

ser desvirtuada, pero en el supuesto de que se negare la existencia de la relación de trabajo, bien por razones de orden ético o de interés social por prestación de servicios a instituciones sin fines de lucro con propósitos distintos de la relación de trabajo (Art. 65 LOT) o por la existencia de un contrato distinto de prestación de servicios, la carga de la prueba recae sobre la persona del patrono, ya que de no hacerlo, debe considerarse esta prestación de servicio personal como de naturaleza laboral, consideración ésta que deberá hacerse, aun cuando se hayan utilizado o adoptado figuras que simulen otros nexos jurídicos de diferente naturaleza’. (Bernardoni, Bustamante, Carvallo, Díaz y Otros, Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo; Caracas, 1999, pp. 69 y 70) (El subrayado es de la Sala).

En relación con la presunción de la existencia de la relación laboral, entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, también la Jurisprudencia de este Alto Tribunal, ha expresado:

‘De la lectura del fallo, en el examen conjunto de las pruebas transcritas, y las conclusiones a las cuales llega el Sentenciador, se evidencia que no aplicó la

presunción de existencia de la relación de trabajo, establecida por la ley.

De acuerdo con la disposición transcrita, establecida la prestación personal de un servicio, debe el Sentenciador, salvo que se trate de la excepción contemplada en la regla general, considerar existente la relación de trabajo, y, por admitir dicha presunción prueba en contrario, de acuerdo con la doctrina generalmente aceptada, centrar el examen probatorio en el establecimiento de la existencia o no de algún hecho capaz de desvirtuar la presunción legal.

La regla legal en cuestión fue establecida en protección de los derechos del trabajador, en acatamiento de los principios constitucionales que ordenan proteger el trabajo, como hecho social; por consiguiente, su cumplimiento interesa al orden público. (Sentencia de la Sala de Casación Civil, de fecha 18 de marzo de 1998, Exp. No. 95-437). De igual manera, se debe reiterar la doctrina que esta Sala de Casación Social sentó en decisión de fecha 15 de marzo de 2000, en el juicio seguido por Jesús Henríquez Estrada contra la empresa Administradora Yuruary C.A., en la cual textualmente se expresó:

“...el artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, establece la forma y el momento en que debe ser contestada la demanda en el proceso laboral, y también, cuándo se invierte la carga de la prueba y cuáles de los hechos alegados por el actor se tendrán por admitidos.

Es por lo expuesto en el párrafo anterior, que esta Sala de Casación Social debe esclarecer que la contestación de la demanda en materia laboral debe hacerse en forma clara y determinada, estableciendo cuáles de los hechos alegados por el actor se admiten y cuáles se rechazan, estando obligada la parte demandada a fundamentar el motivo del rechazo o de la admisión de los hechos. Lo antes precisado, tiene su asidero en la circunstancia de que según como el accionado dé contestación a la demanda, se fijará la distribución de la carga de la prueba en el proceso laboral. Por lo tanto, el demandado en el proceso laboral tiene la carga de probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar las pretensiones del actor. También debe esta Sala señalar que, habrá inversión de la carga de la prueba en el proceso laboral, es decir, estará el actor eximido de probar

sus alegatos, en los siguientes casos:

- 1) Cuando en la contestación a la demanda el accionado admita la prestación de un servicio personal aun cuando el accionado no la califique como relación laboral. (Presunción iuris tantum, establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo).
- 2) Cuando el demandado no rechace la existencia de la relación laboral, se invertirá la carga de la prueba en lo que se refiere a todos los restantes alegatos contenidos en el libelo que tengan conexión con la relación laboral, por lo tanto es el demandado quien deberá probar, y es en definitiva quien tiene en su poder las pruebas idóneas sobre el salario que percibía el trabajador, el tiempo de servicios, si le fueron pagadas las vacaciones, utilidades, etc.

También debe esta Sala señalar con relación al mencionado artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, en lo referente a cuándo se tendrán por admitidos los hechos alegados por la parte actora, que en estos casos, se deberá aplicar la llamada confesión ficta.

Es decir, se tendrán por admitidos aquellos hechos alegados por la parte accionante en su libelo, que el respectivo demandado no niegue o rechace expresamente en su contestación, o cuando no haya fundamentado el motivo del rechazo, aunado al hecho de que tampoco haya aportado a los autos en la oportunidad legal, alguna prueba capaz de desvirtuar dichos alegatos del actor.

En otras palabras, la demandada tendrá la carga de desvirtuar en la fase probatoria, aquellos hechos sobre los cuales no hubiese realizado en la contestación el fundamentado rechazo, de lo contrario, el sentenciador deberá tenerlos como admitidos.

(...) Finalmente, en aras de cumplir con el desideratum de seguridad jurídica ínsito en el propósito **ius uniformista** que, de conformidad con lo previsto en el artículo 321 del vigente Código de Procedimiento Civil, le compete a la actividad jurisdiccional encomendada a esta Sala de Casación Social, se deja constancia que la doctrina formulada en la presente sentencia con relación a la interpretación del artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, representa en lo sucesivo el precedente jurisprudencial

asumido por esta Sala para supuestos análogos al aquí resuelto. Así se declara”.

Así tenemos que, con relación a la presunción del contrato de trabajo y a la carga probatoria dentro del proceso, la recurrida consideró:

“En materia de existencia o no de un contrato de trabajo entre la empresa de seguros y el reclamante que ostentaba la condición de agente de seguros, se observa que la Corte Suprema de Justicia, ha señalado, al analizar la prohibición contenida en el artículo 138 de la ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que no podían actuar como intermediarios de seguros los Administradores, gerentes, comisarios y empleados de instituciones bancarias, de créditos, de seguros; que tal prohibición no implica que no puedan llegar a tener la condición de trabajadores los agentes de seguros, señalando que la misma se plantea si concurren los presupuestos de prestación de servicios, salarios y subordinación en el agente... omissis... Dichos elementos son indicativos de una relación de dependencia, que en el presente caso no fueron demostrados, sino que por el contrario, han sido desvirtuado por la acciona-

da ...omissis... la actividad desempeñada por el actor es una relación propia de la actividad de intermediación de seguros, tal como lo expresó él mismo en su libelo de la demanda, la cual está prevista en la Ley especial. Ahora bien, no quedó demostrada una relación de trabajo, porque, si bien es cierto, que existió una relación de carácter mercantil, que hubo una prestación de un servicio y el pago de una comisión y remuneración por el mismo, no quedó evidenciado el tercer elemento que es el de subordinación ...omissis...

Obsérvese que de las pruebas analizadas se puede inferir que el demandante actuaba en forma independiente; por tanto al no existir un vínculo laboral y no haber un salario pagado en condición de trabajador la demanda no debe prosperar en derecho...”

De la transcripción anterior, se evidencia que el sentenciador yerra en su consideración sobre la carga probatoria de la relación de trabajo, toda vez que habiendo sido aceptado por la demandada la existencia de una prestación de servicio personal entre ella y el demandante, pero calificándola de “relación mercantil”, operó la presunción del contrato de trabajo, producién-

dose en consecuencia, la inversión de la carga de la prueba a favor del accionante, es decir, corresponde a la empresa probar la no existencia de los elementos del contrato.

De forma que, en el presente caso, correspondía a la demandada probar la ausencia de uno de los requisitos de la relación de trabajo, lo cual no fue analizado por el sentenciador de la recurrida, quien se limitó a señalar la no demostración del elemento de la subordinación, cuando en realidad su existencia se presume, correspondiéndole a la empresa desvirtuar tal presunción, de manera pues que, al estimar la recurrida que no había quedado demostrado dicho extremo de subordinación, efectivamente incurrió en una errónea interpretación del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y del artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo; en consecuencia, debe declararse procedente esta denuncia y, así se decide”.

En conclusión, con estas sentencias vemos cómo el Tribunal Supremo de Justicia, sala constitucional y sala social emiten que el “contrato realidad” en la república hermana de Venezuela si existe que estos casos vislum-

bran los mismos factores de la jurisprudencia Colombiana, que la supremacía de la Constitución en concordancia con la LOT, establece la presunción laboral y el principio de realidad sobre las formas, aplaudimos a esta Honorable colegiatura por hacer prevalecer el derecho, la justicia y el interés general, con fallos de tan alta envergadura que demuestran que en las relaciones laborales los débiles si pueden obtener a través de los mecanismos, el pago de sus acreencias laborales, y no importa que el empleador disfrace, manipule o transnacionalice el contrato, siempre existirá el último salvavidas para demostrar y desenmascarar los entuertos jurídicos que hacen para el no pago de las debidas prestaciones y acreencias.

Conclusiones

- La jurisprudencia fue la gran fuente del derecho romano, figura de transcendencia en todo el mundo en las diferentes tradiciones jurídicas y, precisamente, su indiscutida primacía es la que permite caracterizarlo como un derecho de juristas.

Es innegable la condición de fuente del derecho que se le

debe consagrar a la Jurisprudencia, por nutrir, evolucionar e impulsar las ciencias jurídicas a través del conocimiento de pleitos el cual finalicen en decisiones donde prime el derecho y la equidad, que emitan verdaderas soluciones con justicia, para no desconocer el espíritu primigenio de su concepto emitido por Ulpiano como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

Las experiencias de los altos tribunales del país reconocen el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, independientemente de la denominación que se le dé al contrato o a la relación por virtud de la cual una persona presta sus servicios personales a otra, si en la práctica se comprueba la existencia de unos elementos específicos, definitorios de una relación de trabajo, será necesario concluir que el vínculo existente es de carácter laboral.

- Por ende acogemos y predicamos en Colombia, la noción del "contrato realidad" que parte de la estructuración fáctica de los elementos determinantes de una relación de orden laboral, éstos son: (i) prestación perso-

nal de servicios, (ii) subordinación o dependencia, lo que se manifiesta en el cumplimiento de órdenes y (iii) salario como contraprestación del servicio prestado. Tesis y concepto que puede ser aplicado en excelso conjunto en los tribunales venezolanos por tener los mismos fundamentos constitucionales, legales y reglamentarios.

Bibliografía

Álvarez-Correa, Eduardo. (1980) *Curso de derecho romano* 2a. ed, Bogotá. Ed. Pluma.

Arguello, Luis Rodolfo. (1976). *Manual de derecho romano*. Buenos Aires. Ed. Astrea.

Basurto Scarpetta, Mauricio. (1999). *Instituciones de Derecho Romano*. Santiago de Cali. Universidad Santiago de Cali.

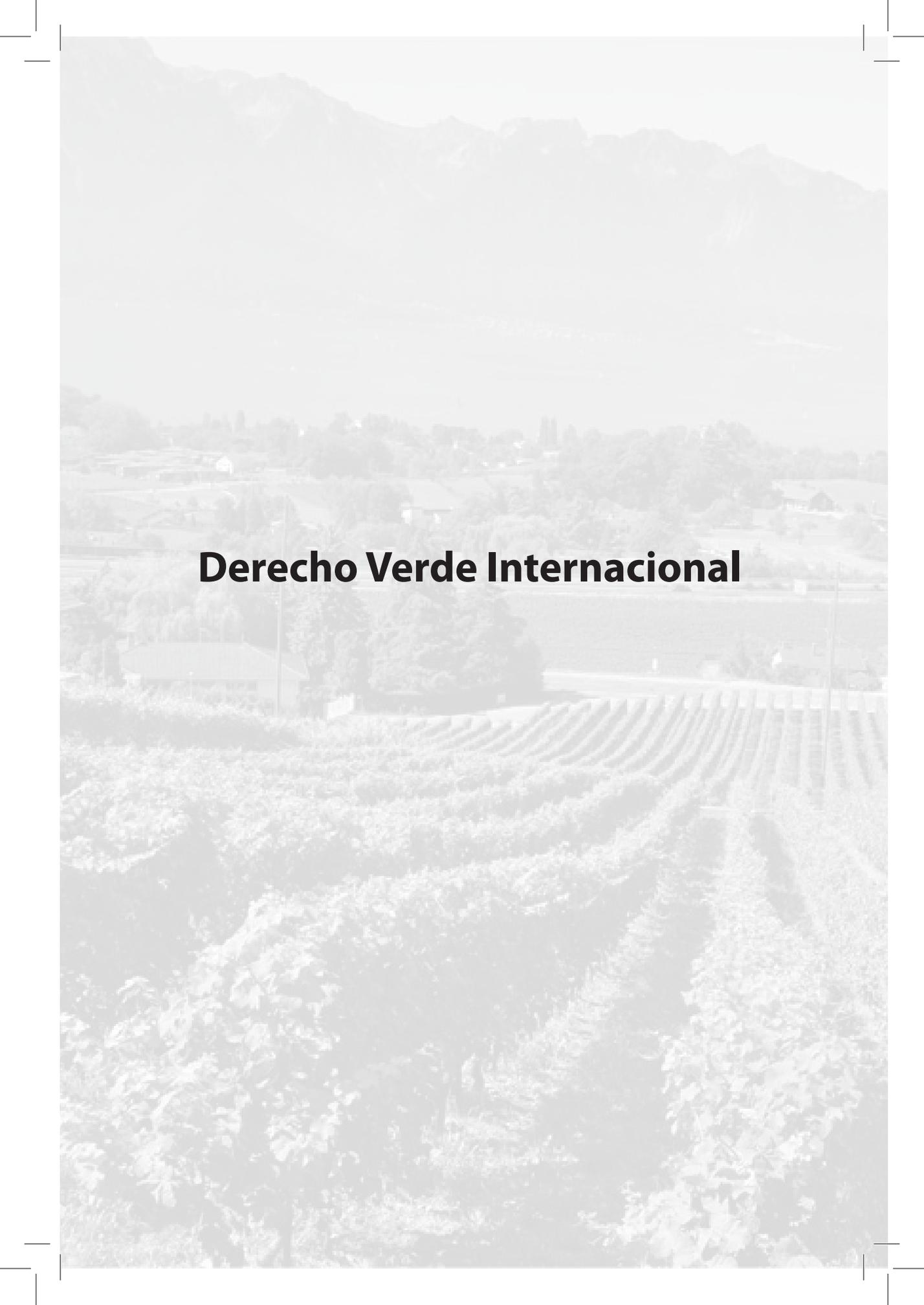
Bonfante, Pedro. (2002). *Instituciones de derecho romano*. 5a. ed. – Madrid. Editorial Reus.

Bravo González, Agustín. (2006). *Derecho romano*, Primer curso. 23a. ed. México. Editorial Porrúa.

Castaño Cardona, Ramiro Alberto. (2006). *Historia de Roma y del derecho romano*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Gayo, s. II. *Institutas / Gayo*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro. 3a. ed.

- Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1987.
- González De Cancino. (1996). Emilssen. *Manual de derecho romano*. 5a. ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Guzmán Civetta, Tulio. (1998). *Derecho romano: su historia, sus instituciones, sus figuras*. Barranquilla. Editorial Mejoras.
- Latorre Gamboa, Ciro Alfonso. (2002). *Síntesis histórica de derecho romano: manual del estudiante*. Santa fe de Bogotá: Fundación Universidad Autónoma de Colombia. Fondo de Publicaciones FUAC.
- Medellín Forero, Carlos J. (1993). *Lecciones de derecho romano*, 11a. ed. Bogotá: Editorial Temis.
- Morales, José Ignacio. (1982). *Derecho romano*. 2a. ed. – México. Editorial Trillas.
- Nespral, Bernardo. (2002). *Derecho romano en el Siglo XXI, historia e instituciones. Su vigencia en las legislaciones modernas*. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Ortíz Márquez, Julio. (1985), 1910 - *Comentarios a las instituciones de Gayo*. 2a. ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- Padilla Sahagún, Gumersindo. (2004). *Derecho romano*. 3a. ed. México; Bogotá: McGraw-Hill.
- Savigny, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano: traducido del alemán por M. Ch. Guenoux; vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley; prólogo de Manuel Durán y Bas; edición y estudio preeliminar a cargo de José Luis Monedero Pérez*. -- Granada: Comares, 2005
- Valencia Restrepo, Hernán. (2008). *Derecho privado romano: (con especial referencia al Código de Bello y al restante derecho privado colombiano vigente)* 6a. ed. corregida y actualizada. – Medellín. Señal Editora.
- Vargas Valois, Rafael. *Exégesis del derecho romano*. Bogotá. Ed. Astrea, 1974-1975. (Biblioteca de cultura jurídica).

A grayscale landscape photograph of a rural valley. In the foreground, there is a vineyard with rows of grapevines. In the middle ground, there is a small town or village with several buildings and trees. In the background, there are large, rugged mountains under a clear sky. The text "Derecho Verde Internacional" is overlaid in the center of the image.

Derecho Verde Internacional



Neoconstitucionalismo y acción extraordinaria de protección en el debido proceso penal

Alfonso Zambrano Pasquel²²

Sumario

1.- Prefacio. 2.- La razones de este trabajo. 3.- El Estado constitucional de derechos. 4.- Fundamentos del neoconstitucionalismo. 5.- Aporte del neoconstitucionalismo. 6.- Fallos de la Corte Constitucional de Ecuador en acciones extraordinarias de protección. 7.- Nuestro comentario. 8. - El derecho al debido proceso. 9.- El Prof. Manuel Atienza y el Prof. Robert Alexy. 10.- Algunas conclusiones. Bibliografía.

1.- Prefacio

La Corte Constitucional de Ecuador viene aplicando en sus fallos conceptos como los de *proporcionalidad*, de un *uso racional del derecho*, o el *principio de ponderación* al que podíamos acceder en la *Teoría de la Argumentación Jurídica* del Prof. Robert Alexy de la Universidad de Kiel o en la *Teoría de los Derechos Fundamentales* del mismo autor. Hoy tienen carta de ciudadanía el *garantismo penal* del profesor de Camarino, Luigi Ferrajoli, autor de esa obra monumental como es *Derecho y Razón*; o el neoconstitucionalismo de Paolo Comanducci, de Manuel Atienza de la Universidad de Alicante, de Prieto Sanchís, de Miguel Carbonell de la UNAM de México, de Gustavo Zagrebelsky, Presidente de la Corte Constitucional de Italia, entre otros, lo cual permite confiar en un mejor trato para los *principios* constitucionales,

²² Ex-Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador, es además profesor de Criminología, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, que ha incursionado como docente en la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y en el Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales "Dr. Jorge Zavala Baquerizo" de la Universidad de Guayaquil.

que están por encima del derecho positivo o escrito.

Cuando en Ecuador se señalaba la necesidad de contar con una Corte Constitucional, al tiempo de estructurarse la Constitución de Montecristi del 2008 surgieron voces de oposición a esta importante propuesta, que afirmaban sin fundamento cuestiones como las que resumimos:

1. Que se estaba creando una instancia más en la administración de justicia que ya contaba con el recurso extraordinario de casación y en materia penal con el recurso excepcional de revisión.
2. Que se pretendía afectar la cosa juzgada e incluso el derecho a la seguridad jurídica.
3. Que la justicia se iba a volver más lenta y mucho más larga.
4. Que no se sabía en verdad para qué iba a servir la propuesta de una Corte Constitucional.

Los cuestionamientos antes resumidos carecían de fundamento alguno, pues el ciudadano ecuatoriano ante los errores, y asumamos que de buena fe, se producían en la administración de justicia y destacamos la penal, ya no tenía ante quien recurrir aunque las resoluciones afecta-

ren garantías fundamentales de un Estado de Derecho, lo cual hacía suponer que los jueces eran infalibles. Instituciones como la acción extraordinaria de protección le permiten al ciudadano recurrir en sede constitucional para reclamar por violaciones a garantías del debido proceso y de derechos fundamentales, siendo falso e infundado que la Corte Constitucional ante la comprobación de violación de derechos fundamentales, vaya a expedir sentencia de absolución. Dicha afirmación o respondía a un acto de desconocimiento de lo que es la acción extraordinaria de protección, o existía una evidente mala fe o malicia de parte de quienes sostenían tal afirmación. La acción extraordinaria de protección -cuando se declara con lugar el reclamo- permite que en sentencia se declare la nulidad del auto resolutorio o sentencia que causa agravio, y se dispone el reenvío de la causa a otro juez para que sustancie el proceso a partir del momento en que se ha producido la afectación o agravio.

No hay en consecuencia ninguna afectación a la cosa juzgada ni a la seguridad jurídica y de lo que se trata es de que el ciudadano tenga la opción de reclamar por violación de garantías o

derechos fundamentales. Los casos que se resuelven muchos de los cuales pueden ser consultados en nuestra página web¹, no están caracterizados por la lentitud en la sustanciación y tramitación, y precisamente la presencia de la Corte Constitucional en el Ecuador responde a un reto histórico, a una suerte de *vuelta de tuerca*, pues se trata de superar el *statu quo* mediante la aplicación del constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo. La proclama del Ecuador como estado constitucional de derechos y justicia, marca precisamente una ruptura con el *statu quo* pues hemos sido forjados en la cultura de la legalidad y de la rigurosidad de la norma escrita, sin preocuparnos del contenido de los *principios* frente a las *reglas*, y allí está la clave de este cambio del paradigma constitucional.

Para nosotros hay un antes y un después en Ecuador, pues antes de la Constitución vigente no había modo o mecanismo para reclamar por la violación a garantías del derecho al debido proceso, con el manido argumento de la independencia y autonomía de la función judicial, a lo que se agregaba lo dicho precedentemente, de que con la Corte Constitucional se preten-

dería crear una instancia judicial superior, que afectaría a la intangibilidad de la cosa juzgada, a la seguridad jurídica, y en definitiva a la sabiduría de los jueces, pues es inadmisibles un control de constitucionalidad que afectare a la cosa juzgada. Pero esto es precisamente lo que viene ocurriendo desde 1991 en Colombia con la Corte Constitucional, y lo que ha venido ocurriendo con el Tribunal constitucional español, o con el Tribunal constitucional alemán, y pasa con el control de constitucionalidad que efectúan la Suprema Corte de EE.UU., o la Corte Suprema de la nación argentina.

Genera no pocas discusiones la competencia de la Corte Constitucional para llegar incluso a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, comentando a este respecto el profesor Gustavo Zagrebelsky, Presidente de la Corte Constitucional de Italia: "era necesario reconocer a la declaración de inconstitucionalidad algún tipo de eficacia respecto al pasado. Esto ha ocurrido con el artículo 30 párrafo III de la ley número 87 de 1953 (la ley orgánica de la Corte Constitucional) que ha sustituido "la cesación de eficacia" del artículo 136 de la Constitución con la prohibición de toda aplicación judicial

¹ www.alfonsozambrano.com

ulterior de la ley inconstitucional, prohibición dirigida naturalmente para aquellas situaciones futuras pero también para las pasadas que se encuentren o que puedan ser llevadas a sede judicial, particularmente aquélla que ha sido objeto del juicio a quo. Ésta aparentemente pequeña modificación (aplicación en lugar de eficacia) es en realidad una revolución: de la abrogación a la anulación con efectos plenamente retroactivos, con el límite único de la fuerza de cosa juzgada que impide volver a someter a un juez una cuestión ya decidida (límite, por otro lado, que supera el mismo artículo 30 párrafo IV de la misma ley, al establecer que en el ámbito penal las sentencias condenatorias, aun cuando sean irrevocables, puedan ser impactadas por la declaración de inconstitucionalidad de la ley que se encuentra en su base).

La lógica de la *saisine* incidental, sin embargo, va más allá. La Corte Constitucional es interpelada a partir de un juicio. Debe, por tanto, dar una respuesta al juez que la ha requerido. En otras palabras: el juicio abstracto de constitucionalidad tal cual fue imaginado por los constituyentes podría alcanzar plenamente su finalidad con la simple eliminación de la ley de inconstitu-

cional, es decir, con la creación de una laguna en el derecho. En efecto, la Constitución prevé simplemente sentencias desestimatorias (cuando rechaza la duda de inconstitucionalidad) y estimatorias (cuando la ley es eliminada por estimar fundada la duda) a la Corte Constitucional. Pero el juicio concreto de constitucionalidad, es decir, el que se promueve por exigencias procesales prácticas no puede estar de acuerdo con ello. Necesita que al juez a quo le sea provista otra norma, constitucionalmente adecuada, en lugar de aquélla declarada inconstitucional, a afecto de que la pueda aplicar en el juicio. La pura y simple anulación sería suficiente en un ordenamiento de tipo radicalmente liberal en el cual cada norma de ley positiva pueda considerarse como una excepción al principio general de libertad: eliminada la ley inconstitucional se expandiría el principio de libertad y el juez podría hacer referencia a ello para decidir el caso. Empero, nuestros ordenamientos constitucionales son mucho más complicados; los derechos constitucionales no se reducen en absoluto a la defensa frente a la injerencia del poder público puesto que exigen, para valer, intervenciones positivas y normas que los protejan y los expandan.

Éstos son, en síntesis, los motivos que explican el florecimiento de una tipología de decisiones (sentencias interpretativas, estimatorias y desestimatorias, parciales, aditivas, sustitutivas, correctivas, de principio, etcétera) inexplicable dentro de la lógica del juicio abstracto de constitucionalidad, pero fácilmente comprensible en la lógica del juicio concreto".²

2.- La razones de este trabajo

Los presentes comentarios están dirigidos a una de las nuevas instituciones que surgen de acuerdo con la Constitución vigente, la acción extraordinaria de protección prevista en el Art. 94 de la Constitución de 2008 de Ecuador, que dice: "La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de in-

terposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado".

El profesor Iván Castro Patiño, en el libro colectivo de autores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, hace atinados comentarios en relación con esta naciente institución, y en la necesidad de que se determine la competencia de la Corte Constitucional para evitar un uso abusivo de la garantía en desmedro de la administración de justicia común u ordinaria (fallos judiciales), al tiempo que hace un importante estudio comparativo entre el documento o proyecto del CONESUP y el proyecto de Montecristi, que se convierte finalmente en la nueva Constitución del Ecuador del 2008, consignando:³

" IV. Acción extraordinaria de protección.- (p.8, 9 y 10)

Esta es sin duda, una de las novedades del P.C.M. que más dificultades traerá en su aplicación

² Zagrebelsky, Gustavo. (2008). *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, Publicado en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Chile, año 6 No. 1, págs. 325-335

³ IVÁN CASTRO PATIÑO, en el libro *Análisis del proyecto de nueva Constitución*, Publicación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, septiembre de 2008. Las acciones de garantía de los derechos en el proyecto de Constitución de Montecristi, ¿avance o retroceso? (p. 8,9,10).

práctica y que más comentarios produce entre los estudiosos del Derecho.

El P.C.M. establece que la Acción Extraordinaria de Protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución y señala que se interpondrá ante la Corte Constitucional. Para su procedencia, se requiere que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

En la Comisión de Juristas del CONESUP se debatió ampliamente este tema y se resolvió incorporar esta garantía al proyecto de Constitución pero, con algunas diferencias que cambian sustancialmente el alcance que tiene en el P.C.M.

En consecuencia, con respecto a esta Acción, que no existe en la C.98, el análisis comparativo lo voy a realizar en función del proyecto de Constitución que entregó la Comisión de Juristas del CONESUP.

Las diferencias primordiales son las siguientes:

1. Mientras el P.C.M. denomina a esta garantía **acción extraordinaria de protección**, el proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP lo denominó **recurso extraordinario de amparo** (Art 114 y 194 No. 7). La terminología usada en el proyecto del CONESUP es la correcta puesto que esta garantía constituye, efectivamente, un **recurso** que se plantea frente a sentencias o autos definitivos que violen los derechos consagrados en la Constitución.
2. El proyecto del CONESUP limita el recurso extraordinario de amparo exclusivamente a los casos en que el recurrente alegue que, dentro del proceso tramitado ante la justicia ordinaria y que haya concluido con sentencia o auto definitivo, se han violado las garantías constitucionales del debido proceso. El P.C.M., en cambio, no limita la procedencia de la acción extraordinaria de protección exclusivamente a los casos en que se hayan violado las garantías constitucionales del debido proceso sino que, la amplía a todos los casos en que, por acción u omisión, se

haya violado **“derechos reconocidos en la Constitución”**.

3. En el proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP se establece con claridad que, de proceder el recurso extraordinario de amparo, la Corte Constitucional declarará la nulidad que corresponda y devolverá el expediente a la función judicial para que la justicia ordinaria corrija la violación a las normas del debido proceso y resuelva sobre lo principal.

Esta importante precisión, no existe en el P.C.M., lo que ocasiona que exista el riesgo de una indebida injerencia de la justicia constitucional en aspectos fuera de su competencia, que corresponden a la justicia ordinaria. La ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad que, según la disposición transitoria primera deberá expedirse en el plazo de 360 días después de aprobado el P.C.M., necesariamente tendrá que regular este aspecto.

4. La experiencia española, que permite la interposición de las denominadas acciones de

tutela o amparo ante el Tribunal Constitucional, acerca de sentencias dictadas por la justicia ordinaria, deberá ser profundamente analizada para lograr el buen uso de esta nueva garantía constitucional. Previendo su mal uso, el proyecto de Constitución elaborado por la comisión de juristas del CONESUP establecía expresamente que **“si el recurso extraordinario de amparo fuere presentado para obstaculizar la justicia o retardar la sustanciación de la causa, la Corte Constitucional deberá rechazar el recurso y, si fuere el caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley”**. El P.C.M. no tiene una disposición similar”.

El Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo de 2009, (Art. 285 numeral 3)⁴ preserva el derecho a la defensa, que es una de las garantías del derecho al debido proceso, previsto en el

⁴“Art. 282. Funciones de la Fiscalía General del Estado.- A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

3. Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta Disposición carecerá de eficacia probatoria”.

Art. 76 numeral 7 de la Constitución que reconoce la inviolabilidad del derecho de defensa que implica contar con el tiempo necesario para poder ejercerla, esto forma parte de la normativa internacional de los derechos humanos, reconocido expresamente en el Pacto de San José o Convención Americana de DD. HH. (cfr. Art. 8 de la Convención).

Reconocemos el aporte importante que en la consolidación del Estado constitucional de derechos y justicia, como se proclama el Ecuador (Art. 1 de Constitución del 2008), constituyen los fallos de la Corte Constitucional⁵ de nuestro país. Ojalá que esa fuente de conocimientos en materia de garantías constitucionales y de lo que es el *neoconstitucionalismo*, que se trasunta en las resoluciones de la Corte Constitucional, sea un buen referente para la actuación de los jueces de nuestro país. Aunque aun son casos de excepción, apreciamos que algún juez se asoma no solo al garantismo penal, sino a la aplicación de principios del constitucionalismo moderno como el de la *ponderación* y con una correcta argumentación ju-

rídica declara incluso la nulidad de un proceso, en el que la fiscalía irrespetando el *principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa*, presenta una acusación en la audiencia de preparación del juicio por un delito diferente al que se constituyó en el *objeto jurídico* del proceso penal en el momento de la formulación o *intimación de cargos*, dejando en indefensión al justiciable pues se defendió por los cargos que habían sido formulados o *intimados*, y no por otros.

3. El Estado constitucional de derechos

Un autor Gustavo Alberto Musumeci, nos recuerda en su trabajo *El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho*, que el estado constitucional de derecho asienta su paradigma en la subordinación de la legalidad a Constituciones rígidas con un rango jerárquico superior a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Esto significa que:

- a) La validez de las normas no depende exclusivamente de la forma de producción sino además de la compatibilidad

⁵ En nuestra página web en www.alfonsozambrano.com hemos abierto un link dedicado a la Corte Constitucional de Ecuador, por el valor del contenido de sus fallos.

de sus contenidos con los principios constitucionales.

- b) La ciencia jurídica propone una visión crítica en relación con su propio objeto y propone la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución.
- c) La actividad jurisdiccional se fortalece en la medida que debe aplicar las normas, y siempre que éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la Ley Fundamental.
- d) Se configura un límite y un complemento para la democracia. Un límite, porque los derechos incorporados a la constitución implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías, que de no mediar dicha interdicción, alcanzarían el grado de absolutos. Un complemento, porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes, que podrían de otro modo fagocitar el propio sistema democrático.

De ello se deduce que, si en el modelo de estado legislativo de derecho⁶, el poder emanado de la ley era soberano por cuanto representaba la voluntad general, en el Estado constitucional de derecho queda sometido a la constitución y la decisión democrática que, por principio, es aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas y no sólo a la acordada mayoritariamente.⁷

⁶ Ver Zagrebelsky, Gustavo. (1999). *El derecho dúctil*, p. 24, Trotta, España. Dicho autor ha definido al Estado legislativo de derecho como: aquél que surge a partir de la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación de validez del derecho. La primacía de la ley conducía a la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del Ancien Régimen. El estado de derecho y el principio de legalidad importaban la reducción del derecho a la ley y la exclusión o sumisión de la ley de todas las demás fuentes del derecho.

Ver, asimismo, Prieto Sanchís, Luis. (2003). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, p. 65/92, Trotta España.

⁷ Ver Luigi Ferrajoli (2001). *Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales*, p. 65, Trotta, España. En el paradigma del Estado Liberal, la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada fuente suprema e ilimitada del derecho. En el paradigma garantista no solamente se programan las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además, se diseña sus contenidos sustanciales y se los vincula normativamente con los principios de justicia derivados de los derechos fundamentales inscritos

Por último, cabe destacar que en el Estado constitucional, los derechos fundamentales no son exclusivamente disposiciones jurídicas producto de la actividad política voluntarista y deliberativa sino que, desde su fundamentación interna, introducen en el sistema una sólida carga axiológica que pretende irradiarla en

en las Constituciones definidas como un sistema de reglas formales y sustanciales, y que, en su naturaleza de pacto fundante, están dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil. En este contexto señala que: "La esencia del constitucionalismo y del garantismo" lo que denomina democracia sustancial, "reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscripta y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de la libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social a la subsistencia- que toda mayoría está obligada a satisfacer" (Ver Ferrajoli, Luigi, "La democracia constitucional", en Christian Curtis –Compilador- Desde otra mirada, p. 257, Eudeba, Argentina 2001).

todo el ordenamiento jurídico.⁸ Por lo pronto agreguemos a lo dicho y con respecto al tema del *neoconstitucionalismo*, que es la aplicación inmediata de las garantías constitucionales que antes estaban en el marco dogmático de las constituciones sin aplicación práctica y directa. Ya era un avance el reconocimiento que hacía la Constitución de 1998, que impedía invocar la falta de ley como argumento para irrespetar al mandato constitucional. Hoy el desarrollo y aplicación del *neoconstitucionalismo* es incuestionable en la Constitución del 2008, bástenos recordar los artículos 11⁹, 75, 76,77,172,

⁸ Ver JOSÉ LUIS SERRANO, *Validez y vigencia*, p. 56, Trotta, España 1999. Y PAOLO COMANDUCCI, *Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, - Compilador Miguel Carbonel - en *Neoconstitucionalismo (S)*, Trotta, España, segunda edición, 2005.

⁹ "Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá invocarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para

424, 425, 426 y 427, que constituyen un sólido bloque de preeminencia constitucional.

4. Fundamentos del neoconstitucionalismo

Luis Prieto Sanchís ha señalado que el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo alude a una nueva cultura jurídica y se identifica por cuatro acepciones principales.¹⁰

En primer lugar, se trata de cierto estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Dicho modelo proviene

desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia.
9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución... "El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso".

¹⁰ Sanchís, Luis Prieto (2003). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta España, p. 101.

de dos ramas del derecho constitucional: la norteamericana –la que vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos- y la europea: con un denso contenido normativo pero sin dotarle de garantías. A partir de allí podríamos afirmar que el neoconstitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva, en el Poder Judicial la última palabra en la definición de aquéllas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo.

En este ámbito conceptual el neoconstitucionalismo presenta una faz estructural, presupuesto esencial de dicho modelo, que persigue los siguientes elementos caracterizadores.

- 1) Carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución;
- 2) Supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes.
- 3) Eficacia o aplicación directa de la ley fundamental.
- 4) Garantía judicial.

- 5) Presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo en aquéllas cuestiones concretas.
- 6) Rigidez constitucional, esto es cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional.

Nos recuerda Gustavo Alberto Musumeci¹¹, que otro elemento esencial y constitutivo de este campo estructural es lo que Ricardo Guastini ha llamado: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico". Su finalidad es lograr impregnar e irradiar en todo el ordenamiento jurídico las normas constitucionales. Para ello, según dicho autor, se tiene que dar las siguientes condiciones de constitucionalización:

A) Una constitución rígida, si en primer lugar es escrita y en segundo término, está protegida – garantizada- contra la legislación

¹¹ En opúsculo citado, p. 4 y siguientes.

ordinaria y en donde, además, se deben distinguir dos niveles en el que la Constitución está por encima de la legislación común, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por esta última;

B) La garantía jurisdiccional de la constitución: esta acepción requiere que aunque la rigidez de la ley fundamental esté formalmente estipulada, la misma no está asegurada si no existe algún tipo de control sobre la conformidad de la leyes con la constitución;

C) La fuerza vinculante de la constitución: importa la difusión, en el seno de la cultura jurídica de un país, de la idea que toda norma constitucional -independientemente de su estructura o contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de producir efectos jurídicos,¹²

D) La sobre interpretación de la Constitución, lo que implica que no cabe lugar para la libre discrecionalidad del legislador

¹² Para el caso argentino es válida la cita del maestro GERMÁN BIDART CAMPOS, en su obra *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, 1995, que desarrolló la tesis de la fuerza normativa de la constitución y su irradiación en el sistema jurídico argentino a través de las garantías y la jurisdicción constitucional.

y, consecuentemente, no existe materia por más política que revista su naturaleza, que quede al margen del control de un juez respecto a su legitimidad constitucionalidad;

E) La aplicación directa de las normas constitucionales: importa la difusión de la cultura de un país en donde la función de la constitución es moldear las relaciones sociales, produciendo sus normas efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en las relaciones entre particulares en ocasión de cualquier controversia, siempre y cuando, la misma no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la misma ofrece lagunas, o porque su solución resultaría injusta;

F) La interpretación conforme a la constitución, esto es, aquella que armonice la ley con la constitución –previamente interpretada– eligiendo, frente a una doble posibilidad interpretativa –el significado – la norma– que evite toda contradicción entre la ley y la constitución; y

G) Implica la influencia de la Constitucionalización sobre las relaciones políticas, y depende de: el contenido mismo de la constitución, el rol de los jueces que ejerzan el control de consti-

tucionalidad y la orientación de los órganos constitucionales y de los actores políticos.¹³

El *neoconstitucionalismo* como teoría del derecho describe o explica los elementos caracterizantes del modelo y puede sintetizarse evolutivamente en:

1. **Más principios que reglas:** corresponde señalar que tanto los principios como las normas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico –mandatos de optimización– fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita

¹³ Ver RICARDO GUASTINI. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano*, p. 49/73 en *Neoconstitucionalismo (S)* – editor Miguel Carbonell-, Editorial Trotta, 2005.- Dicho autor sostiene que, para que un ordenamiento jurídico sea considerado como impregnado por disposiciones constitucionales, se deben dar los dos primeros supuestos expuestos. Los restantes no son absolutos, aunque de darse en completitud, o no estaríamos ante un mayor o menor grado de constitucionalización de un determinado ordenamiento jurídico.

que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen –en sentido plural– la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad¹⁴. En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles.

2) **Más ponderación que subsunción:** en un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen *a priori* y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas del mismo valor.¹⁵

3) *Omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas en lugar de espacios dejados a la discrecionalidad legislativa o reglamentaria;* este precepto está estrechamente vinculado con lo analizado en el punto

C) y D) respecto a los requisitos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico propuesto por Guastini.

4) **Omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario:** este es un elemento esencial que define, por su importancia, al Estado Constitucional de Derecho. Es el órgano que detenta la última palabra, aún respecto de las decisiones colectivas, y están ligadas a los derechos fundamentales, lo que implica consecuentemente que hay un desplazamiento natural del legislador lo que conlleva a una elección a favor de la legalidad constitucional y la argumentación judicial respecto de la formulación del modelo de democracia deliberativa, siendo la mejor opción posible en torno a la custodia de la fuerza normativa constitucional. Esto no significa que desde la constitución se impongan límites sustanciales al legislador democrático, sino que en la determinación de los derechos se muda del procedimiento legislativo a la actividad jurisdiccional: en otras palabras, en lugar de ser la mayoría del parlamento la que dispone qué derechos nos corresponden, es el tribunal en su voto mayoritario quién titu-

¹⁴ Ver ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, p. 54, Ediar, 2005, Buenos Aires.

¹⁵ Prieto Sanchís, Luis (2003). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, p. 189, Trotta España.

lariza el control de constitucionalidad¹⁶. En expresiones del mismo Gustavo Alberto Musumeci¹⁷, cabe destacar que ante esta proposición, existe una corriente que señala al poder judicial como contra mayoritario y que por ende no reviste del valor epistémico suficiente, o más precisamente, carece de legitimidad democrática, para ser el titular de la última palabra.¹⁸

- 5) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica. Esto implica que a partir de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema de fuentes, trae aparejado un nuevo orden simbólico, además del jerárquico, ya que comparten con la Constitución Nacional su supremacía, que al complementar el sistema legal interno, expande “una constelación de opciones de vida en lugar de un supuesto de uni-

formidad e igualdad ideológica o pensamiento único”.¹⁹

Creemos que es válido utilizar y aplicar el *principio de la ponderación* de los bienes jurídicos, de manera que estará por una parte el interés por buscar y encontrar la verdad, y por otras garantías como el *principio de presunción de inocencia*, y el de la *lealtad y buena fe procesal*. En constituciones como la nuestra se reconoce la preeminencia del *principio pro homine* o a favor del ciudadano y no del propio Estado como se consigna en el Art. 417 de la Constitución del 2008 de Montecristi.²⁰

5.- Aporte del neo-constitucionalismo

1. La Constitución de 2008 reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1).

¹⁶ Ver ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, p.89 y vta. 54, Ediar, 2005, Buenos Aires.

¹⁷ En opúsculo citado, p. 6 y siguientes.

¹⁸ Ver ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno* (sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial), Ariel, España, 1996.

¹⁹ Ver ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, op. cit., p.28

²⁰ “Art. 417: Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”

La concepción del *Estado garantista* es característica del *Estado constitucional de derechos*, construyéndose sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, y al asumir el rol del *garantismo*, vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos debidamente constituidos. En un Estado constitucional de derechos, el Derecho crea un sistema de garantías que la constitución pre ordena para el amparo y respeto de los derechos fundamentales. Esta es una vertiente del nuevo Constitucionalismo reconocido hoy como *neoconstitucionalismo*.

2. Este nuevo enfoque significa un cambio del paradigma, un salto cualitativo de un sistema constitucional que requiere para el respeto de sus derechos fundamentales la existencia de *principios* antes que de normas de derecho positivo, que no pueden ser invocadas para inaplicar (no aplicar) los *principios*, pues como viene reconociendo la Corte Constitucional de Ecuador se debe acudir a principios como los de *ponderación* y de *proporcionali-*

dad, para decidirse frente a un conflicto entre principios como los de buscar la verdad procesal vs. *La legalidad del debido proceso*, que se lesiona cuando se pretende utilizar una *prueba ilícita* u obtenida mediante una *f fuente ilícita*, fracturando *principios* y garantías fundamentales como *la inviolabilidad del domicilio*, *la inviolabilidad de la correspondencia*, el respeto al *derecho a la intimidad* y a la *dignidad del ciudadano*, entre otros.

3. Recordemos que el Art. 11 de la Constitución vigente establece en su numeral 3, la aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Expresamente se señala que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, que los derechos serán plenamente

justiciables, y que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (sic).

4. El Capítulo Primero del Título II de la Constitución que se refiere a los DERECHOS, tiene como epígrafe **Principios de aplicación de los derechos**, y a más de lo expresado, en el numeral 4 reconoce que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; en el numeral 5 prevé que en materia de derechos y garantías constitucionales las servidoras y servidores públicos, administrativos y los operadores de justicia, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, como señala el numeral 6. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos (n. 8). El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, siendo además el Estado responsable por una inadecuada administración de justicia (n. 9).
5. Por el momento consignamos la importancia de los *principios* que igualmente recogió el constituyente de Montecristi, a partir del Art. 424 para destacar la supremacía de la Constitución, reconociendo inclusive la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, que prevalecen frente a cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El *principio pro homine* (a favor del ciudadano o ciudadana) está previsto con rango constitucional como se aprecia de los artículos 426 y 427, pues ante la duda las normas constitucionales deben aplicarse en el sentido que mas favorezca a la plena vigencia

de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. Al amparo del Art. 429 la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

6. El modelo *garantista*, que es propio de la Constitución del 2008, proclama la invalidez de un derecho ilegítimo ante los derechos constitucionales de las personas. Para el valor constitucional de una norma se atiende no a su forma sino a su contenido, relacionándola con las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento constitucional. La vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva que se deba recurrir a un juicio complejo de carácter jurídico antes que moral o político. El *Estado constitucional* se construye normativamente en un trípode: la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales enunciados en la propia constitución (o en los tratados internacionales de derechos humanos); el

principio de la juridicidad o de la legalidad que somete a todo poder público al derecho; y, la adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar los derechos de libertad y la efectividad de los sociales.²¹

Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y solo falta que sean aplicados por los jueces a través de las distintas vías y acciones que le franquea la Constitución. Una vía legítima es la aplicación incluso de oficio de los *principios* previstos en la Constitución que no requieren de desarrollo normativo pues se aplica la exigibilidad del respeto al principio sin necesidad de norma expresa. El Art. 84 de nuestra Constitución expresa que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garan-

²¹ Zavala Egas, Jorge (2009). *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional*, p. 20-21.

tizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

7. Los derechos fundamentales son realidades jurídicas a favor de las cuales la Constitución ha diseñado importantes técnicas de protección. La Corte Constitucional de Ecuador ha preferido antes que referirse a *derechos fundamentales*, referirse a los *derechos constitucionales*. Es importante el contenido de las *Reglas de procedimiento* publicadas en el ROS. 466 del 13-11-2008, que en su considerando tercero dice: "la finalidad primordial del nuevo Estado ecuatoriano es la garantía de los derechos fundamentales, los cuales de conformidad con los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución son de directa e inmediata aplicación y plenamente justiciables por y ante cualquier servidor público, jueza o juez, sin que puedan establecerse o exigirse requisitos adicionales o argüirse falta de ley para jus-

tificar su desconocimiento o falta de aplicación".

En palabras del Prof. Zavala Egas, "la *eficacia directa del derecho fundamental* debe entenderse como la precedencia lógica de éste a la actuación del legislador. Lo dicho es de toda evidencia y surge del propio texto constitucional (Art. 11.3) cuando prescribe que los derechos serán de *directa e inmediata aplicación*; sin embargo su *ejercicio* estará condicionado a los requisitos que establezcan la *Constitución o la ley*. No se debe asimilar la *eficacia directa* de los *derechos constitucionales* como una cualidad que crea la especie '*derechos fundamentales*'.²²

8. Cuando se trata de los derechos de desarrollo progresivo se hace necesario el dictado de la ley que tiene que guardar consonancia con el principio constitucional rector. Como dice Luis Prieto Sanchís, la cualidad de los derechos fundamentales como límites al poder exige, "que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado, es decir,

²² Op. Cit. p. 23.

que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia. Los derechos reconocidos en la Constitución... forman parte del orden jurídico sin necesidad de ningún compromiso legal o reglamentario..."²³

Esta aplicación directa de los *principios* que surgen del neoconstitucionalismo tiene incluso proyección en las prácticas jurisprudenciales, como dice el Profesor Miguel Carbonell de la Universidad Nacional Autónoma de México y con estudios superiores en la Complutense de Madrid.

"En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos

nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio pro homine, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con "valores" que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de

²³ Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid, 1990, p. 116.

equilibrios nada fáciles de mantener”.²⁴

9. La Constitución del 2008 debe tener, a corto plazo, expreso reconocimiento por sus propuestas *garantistas* y de consolidación de un Estado constitucional como ya ha ocurrido con Constituciones como la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

La correcta aplicación de esta corriente constitucional que es el *neoconstitucionalismo* tiene ya carta de residencia en los fallos que viene expidiendo la Corte Constitucional de Ecuador, nacida en octubre del 2008, lo que debe reflejarse en la calidad y en la certeza jurídica de los fallos de la justicia ordinaria, pues sus resoluciones tienen carácter vinculante como dice el Art. 436 n. 6, de la Constitución del 2008 que al determinar el ámbito de su competencia señala, “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información

pública y demás procesos constitucionales, así como a los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

Es válido dejar constancia de que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (Art. 429), que es la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de DD.HH. ratificados por el Ecuador (Art. 436 No. 1), que tiene facultad para declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando al resolver los casos sometidos a su competencia concluya que una o varias de las normas conexas son contrarias a la Constitución (Art. 436 No. 3), conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales que nacen de la autoridad pública (Art. 436 No.4), dirimir conflictos de competencia entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución (Art. 436 No. 7), declarar la inconstitucionalidad por omisión cuando las instituciones del Estado o autoridades públicas inobserven

²⁴ ¿Qué es el neoconstitucionalismo? Publicaciones de la UNAM de México. s/f, p. 2.

de manera parcial o total, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro de los plazos que prevé la Constitución o que señale razonablemente la misma Corte Constitucional.

10. La acción extraordinaria de protección se viene ya presentando con resultados positivos frente a resoluciones judiciales en firme, en los casos en que por acción u omisión se han vulnerado garantías del debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución, como el *derecho a la defensa*, en que la Corte Constitucional ha aplicado correctamente el *principio de ponderación* del jurista alemán de la Universidad de Kiel, Prof. Dr. Robert Alexy, cuando ha tenido que resolver entre la preeminencia del *principio de la celeridad procesal* vs. el *principio del derecho de defensa*, resolviendo la aplicación del derecho a una tutela judicial efectiva a través de la inviolabilidad de la defensa, prevista en el Art. 75 de la Constitución vigente, resolviendo la declaratoria de nulidad de una resolución de llamamiento a audiencia de juicio, mientras no se cumpla con la

comisión librada²⁵. Los fallos de la Corte Constitucional son definitivos e inapelables como dispone el Art. 440 de la Constitución vigente.

Como dice el Prof. Robert Alexy, en referencia a la máxima de proporcionalidad: "La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación. El carácter

²⁵ Cf. Sentencia del 19 de mayo del 2009, No. 009-09- SEP. CC. Caso 0077-09- EP. Puede ser revisado íntegramente este caso, y acceder a otros fallos en nuestra página en www.alfonsozambrano.com, en el link CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR.

de principio de, las normas ius fundamentales implica que cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental".²⁶

En palabras del Prof. Dr. Miguel Carbonell, "no es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados. Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas".²⁷

11. Estamos con la propuesta de quienes sostienen que las *normas* se pueden expresar como *reglas* y como *princi-*

²⁶ Alexy, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 112.

²⁷ Op. Cit. p. 3.

pios. Incluso encontramos profundas diferencias entre el Estado de Derecho (propio de la Constitución de 1998) y el Estado Constitucional de derechos y justicia (propio de la Constitución de 2008), pues el primero se estructuraba y manifestaba como *derecho por reglas*, mientras que el vigente Estado Constitucional invoca un *derecho por principios*, lo cual tiene una gran importancia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, como cuando sostenemos la inconstitucionalidad de la prueba ilícita porque es lesiva del *principio constitucional del debido proceso* y del *derecho de defensa* que es uno de los pilares del derecho de tutela judicial efectiva (Art. 75 de la Constitución).

Nuestra Constitución es *normativa* y en virtud de tal reconocimiento no se trata de un conjunto de enunciados más o menos bien estructurados, pues se trata en verdad de normas (de principios y de reglas) vinculantes a todos los ciudadanos y poderes públicos, siendo sus preceptos exigibles y de aplicación inmediata y directa por parte de los distintos

operadores del sistema de justicia. Su incumplimiento deviene en la antijuridicidad de tales conductas omisivas.

Los llamados *principios constitucionales* que se traducen en lo que llamamos *Derecho de principios* que invocamos en defensa de nuestra tesis, no se contraponen con el *Derecho de reglas*. Las *reglas jurídicas* tienen su fuente de creación en el legislador en tanto que los *principios constitucionales* son anteriores y preeminentes a las *reglas jurídicas*, tanto que viven sin la existencia previa de tales reglas o de leyes expresas, por la aplicación directa e inmediata de tales *principios* que consagran *derechos fundamentales*. Esta es la mejor herencia de las nuevas corrientes del constitucionalismo moderno en que se inscribe la Constitución Política del 2008 que reconoce al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos y justicia* (Art. 1).

12. Nuestra Constitución (la de 2008) se inscribe en el concepto de ser *norma específica*, distinta de otro tipo de normas como la *Ley*. Un importante referente del Cons-

titucionalismo moderno, Paolo Comanducci²⁸, dice de este tipo de constituciones, que:

a.- Es el vértice de la pirámide jerárquica, siendo el sistema jurídico en su totalidad un reflejo de la identidad de esa Constitución. La Ley en este modelo deja de estar en el centro identificador de la razón y de la voluntad soberana porque la Constitución se vuelve omnipresente, informando y vinculando a todo el sistema. El modelo anterior le niega a la Constitución su carácter normativo específico propio, fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores. Esto se concreta en que toda la parte material de la Constitución estaría conformada por principios únicamente *programáticos* que requieren de desarrollo en las leyes, sin cuya expedición los principios programáticos siguen teniendo el valor de enunciados constitucionales, sin aplicación directa e inmediata como se reconoce en la vigente.

²⁸ Modelos e interpretación de la Constitución. En Teoría del neoconstitucionalismo. Trotta, Madrid, 2007, p. 41 y ss.

Podemos encontrar pruebas inequívocas de la inserción en la corriente del neo constitucionalismo, en el Art. 426 que prescribe que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución (sic), recordando que hoy Ecuador es un Estado constitucional de derechos (Art. 1 CR), que se deroga por ser inconciliable toda norma contraria a esta Constitución (por ejemplo la que estuviese relacionada con la aceptación de la *prueba ilícita*), insistiendo en que todos los contenidos de las normas constitucionales que consagran *principios* son directa e inmediatamente vinculantes a los poderes públicos, con tutela judicial efectiva (Art. 75 CR), e incluso con protección con acciones de ejercicio constitucional, mediante acción ordinaria o extraordinaria (Arts. 88 a 94 de la Constitución).

b.- La Constitución es un conjunto de normas jurídicas que se concretan en *principios* y en *reglas*.

c.- La aplicación de la Constitución a diferencia de lo que ocurre con la Ley, no se realiza por el método de la

subsunción sino por la aplicación directa e inmediata de los *principios*. Vale decir que los *principios* tienen la característica de su operatividad inmediata que los hace más eficaces incluso que las *reglas*, porque éstas requieren de un *supuesto* y como consecuencia de ello de un *precepto de conducta*. Por ejemplo cuando se trata de interrogar a un ciudadano con fines de investigación, en que hay este *supuesto*, del que surge el *precepto de conducta*, que es proveerlo de un abogado defensor, porque ésta es una garantía inviolable, y en ningún caso puede quedar en indefensión.

Los *principios* son en verdad las normas que reconocen los *derechos* de rango constitucional. Así es un *principio* de inmediata y directa aplicación el de la *legalidad del debido proceso* (Art. 76 No. 3), el de *presunción de inocencia* (Art. 76 No. 2), el de *garantía del cumplimiento de los derechos de las partes*, a que está obligado cualquier autoridad administrativa o judicial (Art. 76 No. 1). El *principio de la tutela judicial efectiva* que hemos invocado para que se reconozca la inaplicabili-

dad de la *prueba ilícita*, (sea por la *fuerza*, por su *modo de producción* o por una *pretendida aplicación*) es de aplicación directa e inmediata por expreso mandato del Art. 75 de la Constitución vigente, así como por lo dispuesto en el Art. 76 No. 4 de la misma Constitución, y por la normativa procesal consignada en los artículos 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal.

6.- Fallos de la Corte Constitucional de Ecuador en acciones extraordinarias de protección

Nuestra Corte Constitucional viene dando ejemplo de una *racional utilización del derecho* y de la correcta aplicación de principios como los de *proporcionalidad* y de *ponderación*. Sin ser las únicas, consignamos tres resoluciones importantes de seguido, relacionadas con el proceso penal:

El 19 de mayo de 2009 dicta la **Sentencia No. 09-09-sep-cc, en el caso: 0077-09 -ep**. El proponente de la Acción Extraordinaria de Protección sostiene que fundamentado en las normas contenidas en el artículo 437 de la Constitución de la República vigente, así como en lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento

para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, plantea acción extraordinaria de protección del auto ampliatorio del 23 de enero del 2009 dictado por el señor Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, con asiento en Durán, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007. El accionante, en su demanda, manifiesta lo siguiente: "Que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto preservar o restablecer cualquier derecho fundamental de libertad o de protección referido al debido proceso de toda persona. El artículo 437 de la Constitución de la República es claro al establecer los requisitos para la acción extraordinaria, indicando que el supuesto de procedibilidad es la existencia de una sentencia, un auto o una resolución firmes o ejecutoriados, por lo que se trata de una acción subsidiaria, pues previamente existe una decisión judicial, sentencia, auto o resolución firme, inimpugnable mediante recursos procesales, lo que produce, en forma directa, la vulneración al derecho constitucional que se exige preservar o reparar a la Corte Constitucional". En lo principal dice el accionante, que el auto impugnado es, pues, directamente contrario a lo prescrito en el artículo 75 de la Cons-

titución de la República, pues se decidió ponderar como de mayor peso para la justicia procesal, el principio de celeridad antes que la norma que consagra el derecho de defensa, y por el ejercicio de esa discrecionalidad, se lo enrumba ilegítimamente a una condena, pues se coarta su derecho a probar los hechos que lo absuelven (sic). Dice el reclamante, que el principio de celeridad procesal ha sido utilizado como pretexto en el auto impugnado, casi sugiriendo que las postergaciones producidas en el proceso obedecerían a actuaciones del accionante, lo que no es verdad puesto que el artículo 76 numeral 7 de la Constitución señala que el derecho a la defensa de las personas incluye ciertas garantías, entre las cuales consta la de "Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo". El legitimado activo solicita que la Corte Constitucional en sentencia motivada anule el auto impugnado, y disponga que, en su lugar, el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas dicte otro que preserve y proteja el derecho a la tutela judicial con respeto al ejercicio pleno del derecho de defensa del acusado y a la total práctica de las pruebas trascendentes

para el caso. De igual forma, amparado en el contenido del artículo 87 de la Constitución de la República, pide que en el auto de calificación de la demanda se disponga, como medida cautelar, la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del auto impugnado.

Argumentos y fundamentos de la Corte al resolver

En este caso se había pedido ya ampliación del auto de convocatoria para la audiencia del juicio por lo cual no se podía interponer recurso alguno, y con este antecedente dice la Corte Constitucional: siendo la providencia impugnada (del 23 de enero del 2009) un auto en el que se resuelve un incidente de ampliación y que, por tanto, al no ser legalmente posible interponer, respecto de tal auto, nuevos recursos verticales por expresa prohibición del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, tal auto del 23 de enero del 2009 quedó ejecutoriado y, en consecuencia, la Acción Extraordinaria de Protección es objetivamente procedente conforme al artículo 437, 1°, de la Constitución de la República (sic).

Al aplicar correctamente el *principio de ponderación*, dice la

Corte Constitucional: "Es evidente para esta Corte que el auto judicial impugnado pretende aplicar el principio de celeridad procesal consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República. Pero también resulta evidente que ese auto considera que el principio de celeridad debe aplicarse con supremacía sobre otros principios y garantías relativos al debido proceso que están igualmente establecidos en la Constitución de la República. Y es en ese punto en el que esta Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución, pues si bien ésta establece en su artículo 75 que la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva, también establece claramente que ese principio -el de celeridad- no puede jamás sacrificar el derecho a la defensa. Por eso, ese mismo artículo 75 agrega que es derecho de las personas a "en ningún caso" quedar en indefensión. La locución "en ningún caso" es tajante: si en un caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa versus el principio de celeridad, éste último debe ceder en beneficio del primero. El auto judicial impugnado valoró las cosas a la inversa y de ahí su inconstitucionalidad". Continúa en sus razonamientos nuestro tribunal de control

constitucional, y expresa: "Como anteriormente se ha dicho esta Corte afirmó que el auto judicial impugnado es violatorio del derecho a la defensa y de ahí su inconstitucionalidad. Corresponde profundizar en la cuestión: a) El artículo 76, 7°, de la Constitución de la República dice que el derecho a la defensa de las personas incluye ciertas garantías, entre las cuales, está, según el literal j, la de que "Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo"; b) La norma constitucional citada consagra, pues, como parte de derecho a la defensa de una persona, que los testigos y peritos tengan la obligación de comparecer a responder los interrogatorios que planteen las partes procesales. Derecho de la parte y correlativa obligación del testigo o perito; c) Empero, para que surja la obligación constitucional del testigo o perito de comparecer -derecho de la parte- es indispensable un acto instrumental previo: la notificación oficial al testigo o perito para que comparezca. Ese acto instrumental previo -notificación- puede hacerse en las diversas formas previstas por la ley, pero lo fundamental es que el sujeto notificador no es la parte procesal, sino el sistema judicial.

Este es un principio irrefragable, consignado en el Código de Procedimiento Civil (Art. 73), aplicable supletoriamente a los procesos penales. El indicado artículo 73 establece que la "Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez". Y el artículo 74 del mismo Código, inciso final, agrega que el acta de notificación "será firmada por el actuario"; d) Corolario de todo lo expuesto hasta ahora es que la obligación que la Constitución impone, en beneficio de las partes procesales, para que los testigos o peritos comparezcan ante el juez y respondan los interrogatorios de las partes, solo se hace exigible cuando el sistema judicial, a través de las diversas formas previstas en la ley, notifica al testigo o perito la providencia judicial que dispone su comparecencia. Hasta que la notificación no se realice en debida forma no se produce la obligación de comparecer del testigo o perito y por tanto no es exigible. En el caso concreto del proceso en que se expidió la providencia impugnada, la notificación a los testigos o peritos resi-

dentados en el extranjero debe hacerse mediante exhorto, conforme al artículo 130 del Código de Procedimiento Penal; e) Lo dicho en el literal precedente demuestra porqué la providencia judicial impugnada en esta causa es violatoria del derecho a la defensa: según la providencia impugnada, la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento señalada para el 15 de abril del 2009 a las 09h40, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007, "se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurren, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento". Luego, según esa providencia, la referida audiencia pudiera celebrarse aun cuando no se hubiese notificado legalmente a los peritos y testigos para que comparezcan a ella; es decir, celebrarse antes de que se hubiese tornado exigible la obligación de tales peritos o testigos de comparecer; o, dicho de otro modo, se la pudiese realizar vulnerando el derecho de la parte a exigir su comparecencia, que solo se activa con la notificación apropiada. Eso coloca en indefensión al accionante, cuestión que "en ningún caso" puede suceder conforme al artículo 75 de la Constitución de la Repúbli-

ca, ni siquiera en beneficio del principio de celeridad procesal". Haciendo efectivo el derecho a la tutela y a la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional al sustanciar la demanda, de conformidad con el artículo 87 de la Constitución de la República, dispuso la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del acto impugnado en la causa. Al resolver decidió, aceptar la Acción Extraordinaria de Protección deducida por el doctor ECV, y dejar sin efecto la providencia dictada el 23 de enero del 2009 por el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007.

A más del fallo citado precedentemente, mencionamos la **sentencia No. 0010-10-sep-cc caso No. 0502-09-ep de la corte constitucional para el período de transición:**

Este fallo es del 14 de abril del 2010, y dice la Corte: "se terminó por vulnerar una serie de garantías inherentes al derecho a la defensa, consagrado en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, entre ellos los siguientes: *a) nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del proceso. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados*

para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. En virtud de lo expuesto, y de conformidad con el principio de interdependencia de los derechos constitucionales reconocido en el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución, dicha vulneración al trámite previsto en la ley ha terminado por vulnerar otros tantos derechos, entre ellos, aquellos previstos en las garantías del debido proceso, en concreto, el numeral 1 del artículo

lo 76 de la Constitución atinente a la responsabilidad de toda autoridad administrativa o judicial de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. Y lo más preocupante, la omisión en la celebración de las audiencias correspondientes ha lesionado seriamente el derecho a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita en los términos previstos en el artículo 75 de la Carta Fundamental. Como consecuencia de estas omisiones en las que incurrió la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, *–plenamente comprobables en la motivación del auto de llamamiento a juicio–* el presente caso se adecua perfectamente al ámbito material de protección de esta garantía jurisdiccional de derechos constitucionales, puesto que lejos de analizar asuntos de mera legalidad, esta Corte se ha limitado a constatar aquellas vulneraciones a derechos constitucionales y debido proceso plasmadas en el auto, objeto de la presente acción. Asimismo, justifica plenamente el porqué un auto de estas características merece ser objeto de una acción extraordinaria de protección. Por otro lado, cabe señalar que aun en el evento no consentido de que se arguyere por parte de los accionados que dichas audien-

cias sí se celebraron conforme a la ley, el hecho de no remitirse a ellas en su decisión convierte a la misma en un auto carente de motivación y por consiguiente, contrario al derecho al debido proceso reconocido en el artículo 76 de la Carta Fundamental...". En la parte resolutive dice la sentencia que reproducimos: "En virtud de ello, y al constatarse la vulneración de derechos constitucionales y debido proceso en el momento de la sustanciación del recurso de nulidad, esta Corte deja sin efecto el auto de llamamiento a juicio dictado por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y retrotrae sus efectos al momento de la interposición de los recursos de nulidad y apelación. Por otro lado, ordena que los mismos sean conocidos y sustanciados nuevamente por los conjueces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, puesto que, como es evidente, los señores jueces que se pronunciaron en la causa, han hecho público su criterio, aspecto que privaría al accionante del derecho a una tutela judicial efectiva e imparcial.

III. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República

del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA: 1. Conceder la acción extraordinaria de protección interpuesta por la Dra. M P F B contra el auto de llamamiento a juicio dictado por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro del juicio Penal N.º 299 – B – 2009 del 26 de junio del 2009, en los siguientes términos: a) Se deja sin efecto el auto de llamamiento a juicio dictado por los señores jueces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y se retrotraen los efectos del mismo al momento de la interposición de los recursos de nulidad y apelación del auto de sobreseimiento definitivo. b) Los señores jueces que conozcan la causa deberán sustanciar los recursos de nulidad y apelación, de conformidad con los artículos 335, 336 y 345 del Código de Procedimiento Penal vigente”.

Finalizamos la cita de fallos, y para tener una apreciación objetiva de la forma como viene actuando la Corte Constitucional, mencionamos la resolución que motiva una acción extraordinaria de protección por una sentencia expedida en casación por delito

de tránsito, por una Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia. Nos pareció oportuno insertarla porque la Corte Constitucional se refiere a aspectos importantes de la acción extraordinaria de protección, de la vulneración de derechos fundamentales, y de violaciones al debido proceso. Por la amplitud del fallo destacamos los aspectos relacionados con el tema que desarrollamos²⁹:

“Sentencia No. 002-10-SEP-CC. 13 de Enero de 2010. CASO N.º 0296-09-EP. La naturaleza, alcance y efectos de la acción extraordinaria de protección. El pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, sometiéndose a sus precedentes (0064-08-EP y 0084-09-EP) procede a delimitar la naturaleza, alcance y efectos de la acción extraordinaria de protección. La acción extraordinaria de protección procede exclusivamente en contra de sentencias o autos en firme o ejecutoriados. En esencia, la Corte, una vez superado el primer presupuesto de procedibilidad, puede pronunciarse únicamente respecto a dos cuestiones principales:

a) La vulneración de derechos fundamentales; y,

²⁹ Se puede revisar en fallo íntegramente en www.alfonsozambrano.com en el link Doctrina Penal.

b) Violaciones al debido proceso.

La naturaleza de la acción extraordinaria de protección persigue, entonces, que la vulneración a derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso no queden en la impunidad, por lo que asumiendo el espíritu garantista de la Constitución de la República, mediante esta acción se permite que las sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas puedan ser objeto de revisión por parte del más alto órgano de control de constitucionalidad en el país, como en efecto es la Corte Constitucional. Por esta razón, los alcances que asume la acción extraordinaria de protección abarcan a las resoluciones ejecutoriadas, las mismas que como medida excepcional pueden ser objeto de análisis ante el supuesto de vulneración de los preceptos antes descritos, teniendo como efecto inmediato, si se constatare la vulneración, la reparación integral del derecho violado, reparación que abarca medidas positivas y negativas, materiales e inmateriales; finalmente, deja sin efecto la sentencia, auto o resolución firme o ejecutoriada de la autoridad impugnada.

Vulneración de derechos constitucionales ...Bajo el régimen del nuevo modelo de Estado que rige al Ecuador, El Estado Constitucional de Derechos, cambia sobre todo la naturaleza misma de la democracia. La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales –imponiendo obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos– ha, en efecto, insertado en la democracia una dimensión sustancial, que se agrega a la tradicional dimensión política meramente formal o procedimental. En el Estado Constitucional los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales, las mismas que no son otra cosa que los derechos constitucionales, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos, radicando en esta titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular. [...] Son derechos fundamentales todos aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. **Violación de normas del Debido Proceso...** Al respecto,

resulta necesario destacar lo que señala el capítulo octavo del Título II de la Constitución de la República, que consagra en su artículo 76 las garantías básicas del debido proceso. Art 76.- En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] Determinando a lo largo de los siete numerales de este artículo garantías afines a todo proceso en el país...

El debido proceso se constituye, así, como el eje articulador de la validez procesal; la vulneración de sus garantías constituye un atentado grave no sólo a los derechos de las personas en una causa, sino incluso al Estado y a su seguridad jurídica. Y es que precisamente estas normas del debido proceso son las que establecen los lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego al respeto de los derechos constitucionales y a máximas garantistas, como el acceso a los órganos jurisdiccionales y el respeto a los principios y garantías constitucionales. Es así que la acción extraordinaria de protección, como bien señala la parte accionada, no puede ni debe ser concebida como una instancia adicional encaminada a revi-

sar aquellos aspectos de mera legalidad ya resueltos por parte de la justicia ordinaria. Se insiste, su procedencia se circunscribe en la constatación de vulneraciones a derechos constitucionales o, en su defecto, al debido proceso.

... **2. El deber de toda autoridad administrativa o judicial de garantizar a partir de una sentencia adecuadamente motivada el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.** En el caso sub iúdice, la decisión impugnada que ha vulnerado presuntamente derechos constitucionales es el fallo de casación dictado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, conformada por los señores jueces: Dr. L A G, Dr. R R P y Dr. M O O. Bajo esa consideración, esta Corte concentrará su análisis en los argumentos previstos en la sentencia en mención. ...Desde el punto de vista constitucional e incluso legal, resulta preocupante que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia haya sustentado sus argumentos y, por consiguiente, confirmado la responsabilidad penal y civil de los accionantes, en una disposición atinente a la Ley de Compañías. Es de conocimiento público que dicho instrumento legal regula las relaciones entre compa-

ñas, y a su vez entre estas y sus socios o accionistas, es así que resulta improcedente desde todo punto de vista que haya sido uno de los fundamentos esenciales para confirmar una responsabilidad penal de los accionantes y para desechar un recurso de casación. Más aún si el tipo penal bajo el cual se estableció una responsabilidad penal sobre los accionantes es de tipo culposo (materia de tránsito), resulta inconcebible que se haya aplicado una disposición normativa que contempla supuestos relacionados a una acción dolosa, como es el caso de fraudes o abusos de vías de hecho que se cometan a nombre de compañías.

Se insiste, en materia penal no cabe interpretación extensiva. La actuación de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia se traduce en una auténtica y clara vulneración al debido proceso, concretamente al numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República, que de manera contundente dispone que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. En el caso sub iúdice, como se mencionó en líneas anteriores, el artículo 4 del Código Penal prohíbe expresamente

cualquier tipo de interpretación extensiva en materia penal; dicha disposición, como se constata, ha sido completamente inobservada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Lo mencionado no significa que esta Corte se esté pronunciando sobre la responsabilidad penal de los recurrentes, en su condición de administradores de la persona jurídica contratista, ni sobre la pertinencia o no de la aplicación del Art. 12 del Código Penal ; esto es, el problema jurídico penal específico de la denominada "comisión por omisión" en el caso sub iúdice, lo cual, por su naturaleza, compete exclusivamente a los jueces penales al momento de resolver el recurso de casación, en los términos previstos en la parte resolutive de la presente sentencia.

...Cómo pudo la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia señalar que son infundadas las alegaciones de los recurrentes, si en su fallo jamás hicieron alusión a ellas? En efecto, ninguna de las pretensiones esgrimidas por los ahora accionantes, y que formaban parte del ámbito de procedencia del recurso de casación, fueron analizadas; por el contrario, el fallo se sustentó en instrumentos normativos que no fueron tomados

en cuenta en los fallos emitidos, tanto por el Juez de Instancia y por la Segunda Sala Especializada de lo penal de la Corte Provincial de justicia. Aquello, como es lógico, se traduce en una nueva vulneración al derecho al debido proceso de los accionantes previsto en el numeral 7 literal I del artículo 76 de la Constitución de la República. Los señores jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia jamás explicaron la pertinencia de la aplicación de las normas analizadas a los antecedentes de hecho, concretamente, a las pretensiones de las partes, y al hecho que generó el conflicto esencial del caso sub iúdice: el establecimiento de una responsabilidad penal a partir de la aplicación e interpretación del artículo 78 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre. Por consiguiente, se constata que el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia ha vulnerado una serie de derechos al debido proceso en perjuicio de los accionantes, concretamente, los numerales 1 y 7 literal I del artículo 76 de la Constitución de la República. La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia no cumplió con las normas que regulan la procedencia del recurso de casación –artículo 349 del Código de Procedimien-

to Penal– y con el artículo 4 del Código Penal –prohibición de interpretaciones extensivas en materia penal–. Aquello se traduce en una clara vulneración al derecho al debido proceso de los accionantes previsto en la Carta Fundamental...

SENTENCIA: 1. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada y, en consecuencia, se deja sin efecto el fallo de casación dictado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del 08 de abril del 2009. 2. Se dispone que sea la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, la que en base a los autos, sustancie nuevamente el recurso de casación interpuesto por los accionantes, observando el principio de celeridad procesal, a efectos de que no se vulnere la correcta administración de justicia ni los derechos de los sujetos procesales. 3. Notificar la presente sentencia a la Primera y Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia para los fines previstos en la ley y la presente sentencia..."

7.- Nuestro comentario

Consignamos que haciendo efectivo el derecho a la tutela

y a la acción extraordinaria de protección, en acto que debe ser emulado por respeto al Estado constitucional de derechos y justicia, la Corte Constitucional al sustanciar la demanda en el primer caso, de conformidad con el artículo 87 de la Constitución de la República, dispuso la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del acto impugnado. Al resolver decidió, aceptar la Acción Extraordinaria de Protección deducida por el doctor E C V, y dejar sin efecto la providencia dictada el 23 de enero del 2009 por el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007. En este caso se trataba de una acción extraordinaria de protección dirigida en contra de una providencia de convocatoria para audiencia de juicio, que no era susceptible de recurso alguno, y se dejó sin efecto la convocatoria a juicio para evitar que el accionante quede en *indefensión*.

En el segundo caso se trataba de un auto resolutorio de llamamiento a juicio que revocaba un sobreseimiento dictado en el primer nivel, y la nulidad del auto resolutorio es dictada por la Corte Constitucional, porque concluyó que se había vulnerado la *inviolabilidad del derecho a la defensa*, al no existir constancia

de que previo a resolver, la sala penal de la Corte Provincial de Justicia hubiese celebrado la audiencia oral, pública y contradictoria, propia de la sustanciación de los recursos, es decir que habría además *violación al derecho al debido proceso*.

En el tercer caso de los aquí consignados, se trata de una sentencia en casación penal por delito de tránsito, en que se resuelve de manera inmotivada y se condena al responsable solidario afectando la *inviolabilidad del derecho a la defensa*, y a las *garantías del derecho al debido proceso*.

Como hemos mencionado la Corte Constitucional no declara a nadie culpable o inocente, sino que resuelve la nulidad de un auto resolutorio o de una sentencia, cuando se producen violaciones a garantías o derechos fundamentales, a principios constitucionales, o al derecho al debido proceso.

Este precedente es importante para preservar el derecho de defensa, y en tratándose de la llamada *prueba ilícita en el proceso penal*, de conformidad con las reformas del 24 de marzo de 2009, el juez de garantías penales debe calificar la *excepción procesal penal* de exclusión de la

prueba ilícita, de acuerdo con lo previsto en el Art. 261.1. No. 4 de las reformas, al sustanciar la audiencia de preparación del juicio. Si se llegare a agotar el reclamo ante el mismo juez mediante la providencia de revocatoria o de ampliación, nos queda la vía de reclamar la acción de tutela mediante el mecanismo de la acción extraordinaria de protección, al que nos hemos referido en los párrafos que preceden. La propuesta es válida porque no se puede ni debe utilizarse una prueba que viola la previsión contenida en el Art. 76 No. 4 que consagra como una de las garantías del debido proceso, la *exclusión de la prueba ilícita*³⁰. Aquí surge la aplicación del *principio o test de ponderación* entre el derecho a llegar a la verdad procesal y la obligación constitucional de acceder a la misma mediante procedimiento lícitos³¹. Para no ser mal entendidos dejamos

³⁰ Art. 226.1. " Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidos violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y este código.

³¹ El fallo de la Corte Constitucional comentado, puede ser revisado en nuestra página, www.alfonsozambrano.com en el link CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, de reciente creación.

constancia de que la excepción procesal de *exclusión de la prueba ilícita* puede ser deducida desde el momento por ejemplo de calificación de flagrancia, de intimación de cargos, de petición de prisión preventiva, de llamamiento a juicio, de audiencia de juicio, en recurso de casación, en recurso de revisión, y si esto no es suficiente mediante la acción extraordinarias de protección. Mencionamos la audiencia de preparación del juicio del artículo 226.1 porque la señala de manera expresa, sin ser el único momento procesal en que puede ser deducida.

8. - El derecho al debido proceso

Cuando nos referimos al **debido proceso** entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento. El **debido proceso penal** por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier

ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La **legalidad del debido proceso penal** es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.³²

Hablar del **debido proceso penal** es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial - penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado.³³

³² Zavala Baquerizo, Jorge (2002). *El debido proceso penal*, Edino, 351 páginas.

³³ Zambrano Pasquel, Alfonso (2005). *Proceso penal y garantías constitucionales*. Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. p. 39-80.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc. Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Contenido del debido proceso penal. En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe

ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La **necesidad de juicio previo** es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces hoy de garantías penales, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

El constituyente ecuatoriano tuvo mucho cuidado al enunciar los **principios generales** de los derechos, garantías y deberes, pues dice en el artículo 11 No. 9 de la Constitución del 2008: "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución". El derecho a

la libertad previsto como garantía constitucional, para el preso sin sentencia en el Ecuador, es uno más de los derechos humanos que le asisten, al igual que el derecho a la vida, a la honra, a la intimidad, a la propiedad, a la libertad sexual, a la libertad de credo religioso, el derecho a la inviolabilidad de la defensa, el principio de presunción de inocencia, etc.

Es suficientemente sabido que el Estado debe garantizar a todos sus habitantes (incluyendo a los que están en la cárcel), sin discriminación alguna (cualquiera que fuese el tipo de delito), el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos (Pacto de Costa Rica) convenios y mas instrumentos internacionales vigentes (El Pacto de San José está vigente).

Dice el art. 11 No. 3: "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte..." **Directa e inmediatamente aplicables**, significa la imposibilidad

de que se hable de plazos, y aquí en forma expresa se establece que no hay plazos, al afirmar que los derechos y garantías serán de aplicación directa e inmediata. Y si esto no es suficiente, la misma Constitución expresamente con-signa que, *en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que mas favorezca a su efectiva vigencia* (n. 5 *ibídem.*), el *indubio pro reo* o la interpretación más favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entiende incluso el no abogado. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. **Irrefutablemente**, la interpretación en favor del reo debe cumplirse de manera estricta.

Como se infiere de la propia Constitución, *no puede alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos* (No. 3 *ibídem.*).

El Art. 76 de la Const. del 2008, que contiene también esta garantía (que es un derecho humano en general y en este caso particular del ecuatoriano) habla de

asegurar el debido proceso, con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el art. 76 *in fine*, y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1.984, en que Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavides, (negociando), en el caso Suárez Rosero, en el caso Daniel Tibi, entre otros. La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de Estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el **debido proceso**.

9. - El Prof. Manuel Atienza y el Prof. Robert Alexy

En una importante entrevista que realiza el Prof. Manuel Atienza de la Universidad de Alicante al Prof. Robert Alexy,³⁴ dice en diferentes momentos al referirse al *principio de ponderación* para hacer efectivo el respeto a los derechos fundamentales: “En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso nos lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación”.

En otro momento dice el Prof. Robert Alexy: “En mi *Teoría de los derechos fundamentales*, he tratado de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los derechos fun-

damentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación”.

Posteriormente nos dice el profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, que *no puede haber coherencia sin ponderación*³⁵, que ésta obedece a un procedimiento racional. Reconoce que en más de una ocasión entran en colisión diferentes principios, y para solucionar el conflicto debemos acudir a la *ponderación*.³⁶

Por nuestra parte destacamos que cuando se trata de intromisiones no autorizadas en la privacidad de los ciudadanos se lesiona el principio constitucional que reconoce el *derecho a la intimidad* propia y de la familia, cuya violación lesiona la *dignidad humana*³⁷, es posible encontrar un mecanismo lícito si se siguen las normas del código de procedimiento penal, que prevé en el Art. 155 la intromisión previa autorización de un juez de garantías penales que debe *ponderar* la necesidad de lesionar ese *derecho a la privacidad* que es una

³⁵ En entrevista citada, p. 15.

³⁶ En entrevista citada, p. 18.

³⁷ Art. 66 numerales 20 y 21 de la Constitución Política de 2008.

³⁴ Publicada en el No. 24 de los CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (DOXA) de la Universidad de Alicante.

garantía constitucional y un bien jurídico protegido, frente a la necesidad de investigar un delito.

Sobre el punto es valedero recordar lo que nos dice el mismo Prof. Robert Alexy: "La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión".³⁸

10.- Algunas conclusiones

Como bien dice el Prof. Dr. Luigi Ferrajoli, "*La tercera garantía procesal de segundo grado, apta para garantizar la satisfacción y el control de todas las demás, es el desarrollo de las actividades judiciales, y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predeterminados por la ley. Es claro que no quedaría asegurada*

la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades. El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el rito fue instituido, como dice Carrara, para frenar al juez (...) Un código de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviniera, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege. Por ello, la observancia del rito no es sólo una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia".³⁹

La Corte Constitucional tiene facultad para declarar la nulidad de un acto procesal que constituye por ejemplo *prueba ilícita*, y declarar su exclusión, pues la misma se encuentra proscrita constitucionalmente conforme lo dispone el art. 76 No. 4 de la Constitución Política de 2008.

Un aspecto que no puede pasarse por alto es el de la motivación, -que es igual a argumentación jurídica- de las decisiones

³⁸ En entrevista citada, p. 21.

³⁹ Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y Razon, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, España, Pág. 121.

judiciales, que surge como un principio constitucional de los que conforman el denominado *debido proceso* (artículo 76, No. 7, letra I) que impone como presupuesto de validez de las resoluciones de los poderes públicos, la motivación, la misma que debe contraerse a la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda, debiendo explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. “Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”, estableciéndose sanción para los servidores públicos responsables de tal omisión constitucional. Nosotros nos hemos referido en una primera publicación a la importancia de respetar el *derecho al debido proceso* y de cumplir con la obligación de la *motivación de las decisiones judiciales* que es importante para hacer efectivo el derecho de defensa⁴⁰. En un trabajo reciente de nuestra autoría nos hemos vuelto a referir a la *exigencia de la motivación* que es generalmente desatendida por jueces y fiscales⁴¹, y con

⁴⁰ Zambrano Pasquel, Alfonso. (2005). *Proceso penal y garantías constitucionales*, primer número de la Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, p. 39 y ss., p. 71 y ss.

⁴¹ Zambrano Pasquel, Alfonso. (2009)..

las reformas del 24 de marzo del 2009, la fiscalía tiene la obligación de fundamentar incluso los requerimientos para que se disponga un auto de prisión preventiva por parte de un juez de garantías penales, bajo prevención de inadmisión de tal requerimiento pues como dice el Art. 167.1 reformado: “*La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de aplicación de dicha medida cautelar. El juez de garantías penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada*”.

Agregamos a lo dicho la pertinencia de la acción extraordinaria de protección, cuando se trata de la *prueba ilícita* y de la pretensión de su exclusión en el proceso penal, conforme lo sostenemos en otros de nuestros trabajos de reciente publicación.⁴²

Es una novedad, que la fiscalía de acuerdo con las reformas, tiene la obligación de fundamentar o motivar *la necesidad* de que se

Estudio introductorio a las reformas al Código de Procedimiento Penal, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, p. 98 y ss.

⁴² Zambrano Pasquel, Alfonso. (2009). *La prueba ilícita en el proceso penal*. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, p. 42, y 228.

dicte la prisión preventiva como medida de aseguramiento personal, o como dice a la letra la reforma, *demostrar la necesidad de aplicar dicha medida*. El Art. 167 reformado le exige al juez de garantías penales en los incisos 4 y 5 agregados, que debe dejar constancia de la existencia de *indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio*, y debe además consignar que existen, *indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio*. Si lo antes consignado no se cumple el auto de prisión preventiva puede ser impugnado y al agotarse los recursos judiciales, nos queda la acción extraordinaria de protección contra las decisiones judiciales desestimatorias de la pretensión de revocatoria, que nos fue negada.

La motivación de las decisiones judiciales nosotros la entendemos bien como la *argumentación jurídica* que está obligado a consignar el juez de garantías penales en Ecuador. La *argumentación jurídica* es uno de los aspectos relevantes del neoconstitucionalismo no solo por ser ese el título de la tesis de Robert Alexy, sino por la atención y de-

sarrollo que le dedica al tema el Prof. Manuel Atienza, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y director de la Revista Doxa de reconocido prestigio, quien al referirse al *derecho como argumentación*, nos ilustra expresando: "así como el Estado constitucional, en cuanto fenómeno histórico, está innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el constitucionalismo, en cuanto teoría, constituye el núcleo de una nueva concepción del Derecho que, en mi opinión, no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico, y una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa (aunque, naturalmente, el Derecho no sea sólo argumentación). Quienes no aceptan esta nueva concepción (no son autores "constitucionalistas") no dejan por ello de reconocer la importancia de la argumentación en el Estado constitucional.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el "Estado legislativo", en el "Estado constitucional" el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente. No basta con la referencia a la auto-

ridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos⁴³.

Queda pendiente una inquietud que es responder al valor del precedente, cuando utilizando la *ponderación* se resuelve en sede constitucional una *colisión de principios* decidiéndose por el valor preeminente de uno frente a otro, u otros. Vale decir, ¿qué importancia tiene esa resolución

como precedente vinculante o no frente a casos futuros? En nuestra opinión, una vez que se produce una resolución aplicando la *ponderación* entre diferentes principios, acudiendo como ocurre en mas de una ocasión al *principio de proporcionalidad*, esta resolución constituye un precedente obligatorio y es *regla para resolver casos futuros*. Carecería de lógica y sentido que frente a un caso exactamente igual se deba nuevamente construir el *test de ponderación*, pues si se trata de una situación igual se debe aplicar el precedente que se ha convertido ya en una regla. La *teoría de los pesos* (de Robert Alexy) que aplica el juez para resolver un determinado conflicto de principios, debe ser el precedente para los casos futuros.

Bibliografía

Alexy, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Atienza, Manuel. *Constitución y argumentación*, material de lectura proporcionado el viernes 11 de sep. 2009, con ocasión de la visita del Prof. Atienza a la Universidad Católica de Guayaquil.

Carbonel, Miguel. *¿Qué es el*

⁴³ MANUEL ATIENZA, *Constitución y argumentación*, material de lectura proporcionado el viernes 11 de sep. 2009, con ocasión de la visita del Prof. Atienza a la Universidad Católica de Guayaquil, p. 12-13.

neoconstitucionalismo? Publicaciones de la UNAM de México. s/f.

Castro Patiño, Iván. En libro *Análisis del proyecto de nueva Constitución*. Publicación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, septiembre del 2008. Las acciones de garantía de los derechos en el proyecto de Constitución de Montecristi, ¿avance o retroceso?

Corte Constitucional de Ecuador, *fallos en* www.alfonsozambano.com

Comanducci, Paolo. *Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, - Compilador Miguel Carbonel – en *Neoconstitucionalismo (S)*, Editorial Trotta, España, segunda edición, 2005.

Comanducci, Paolo (2007). *Modelos e interpretación de la Constitución*. En *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid.

Cuadernos de Filosofía del Derecho (DOXA) No. 24, de la Universidad de Alicante. Entrevista del Prof. Manuel Atienza al Prof. Robert Alexy.

Domínguez, Andrés (2005). *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires.

Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo pe-*

nal, Editorial Trotta, España.

Ferrajoli, Luigi (2001). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, España.

Gargarella, Roberto (1996). *La justicia frente al gobierno* (sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial), Ariel, España.

Guastini, Ricardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano", en *Neoconstitucionalismo (S)* – editor Miguel Carbonel-, Editorial Trotta, 2005.

Prieto Sanchís, Luis (2003). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta España.

Serrano, José Luis (1999). *Validez y vigencia*, Editorial Trotta, España.

Zagrebelsky, Gustavo (1999). *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, España.

Zagrebelsky, Gustavo. *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, publicado en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Chile, año 6 No. 1, 2008.

Zambrano Pasquel, Alfonso. *Proceso penal y garantías constitucionales*, primer número de la Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005.

Zambrano Pasquel, Alfonso. *Estudio introductorio a las reformas al Código de Procedimiento Penal*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

Zambrano Pasquel, Alfonso (2009). *La prueba ilícita en el proceso penal*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

Zavala Egas, Jorge (2009). *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional*.

Zavala Baquerizo, Jorge (2002). *El debido proceso penal*, Edino.