

# ESTUDIOS ACTUALES DEL DERECHO

## LA INVESTIGACIÓN COMO EJE DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL



# **ESTUDIOS ACTUALES DEL DERECHO: LA INVESTIGACIÓN COMO EJE DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL**

**Compilación y Dirección Editorial**

**Mg. Jovany Sepúlveda Aguirre**

Director Editorial y de Publicaciones – Sede Medellín

Libro resultado de investigación a partir de la actividad colaborativa y de cohesión entre los grupos de investigación de la Corporación Universitaria Americana y diferentes grupos de investigación del ámbito nacional e internacional.

340.72  
C822

Corporación Universitaria Americana. (2018). Estudios actuales del Derecho: la investigación como eje de transformación social. Jovany Sepúlveda Aguirre (Comp.). Medellín: Sello Editorial Coruniamericana.

134 Páginas: 16X23 cm.  
ISBN: 978-958-56689-7-3

1. MATERNIDAD SUBROGADA - 2. DERECHOS FUNDAMENTALES - 3. DERECHO PROCESAL - 4. RESPONSABILIDAD ESTATAL - 5. RESPONSABILIDAD CIVIL.

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA-CO /SPA /RDA  
SCDD 21 /CUTTER - SANBORN

Corporación Universitaria Americana©  
Sello Editorial Coruniamericana©  
ISBN: 978-958-56689-7-3

## **Corporación Universitaria Americana**

### **Presidente**

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

### **Rectora Nacional**

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

### **Rector Sede Medellín**

ALBERT CORREDOR GÓMEZ

### **Vicerrector General Sede Medellín**

CAMILO ANDRÉS ECHEVERRI GUTIÉRREZ

### **Vicerrector Académico Sede Medellín**

DANY ESTEBAN GALLEGUO QUICENO

### **Vicerrector de Investigación Sede Medellín**

LUIS FERNANDO GARCÉS GIRALDO

### **Director de Publicaciones Sede Medellín**

JOVANY SEPULVEDA AGUIRRE

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

### **Diagramación y carátula:**

EDUARDO A. MURILLO PALACIO

1ª edición: Octubre de 2018

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

## **PARES EVALUADORES**

---

**Mg. William Yefer Vivas Lloreda**

Abogado. Magister en derecho procesal constitucional de la Universidad Lomas de Zamora. Contralor Regional de Chocó.

**Mg. Marisela Mena Valencia**

Abogada, Magister en gobernanza y derechos humanos de la Universidad Autónoma de Madrid.

## CONTENIDO

---

10

Maternidad subrogada en Colombia como una situación de género

*José Antonio García Pereáñez*

*Lina María Ríos Martínez*

*Jeisson Leonardo Londoño Quiroz*

23

Caracterización histórica del funcionamiento de los servicios de salud en Colombia: caso de la atención de urgencias en salud

*Jaime León Gañán Echavarría*

*Carlos Arturo Ruiz*

47

Los presupuestos procesales en los libros primero y segundo del código general del proceso

*Iván Alfonso Cordero Gutiérrez*

71

Responsabilidad estatal en Colombia

*Elkin Centeno Cardona*

97

Presupuestos para la estructuración de la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños causados durante cuidado familiar de los niños

*Carolina Fernanda Jordán Mosquera*

*Lina Marcela Estrada Jaramillo*

*Johanna Jazmín Zapata Posada*

116

Una mirada comparada del Estado de Cosas Inconstitucional en Colombia (ECI) vis à vis el Mandato Estructural en USA (The Structural Injunction)

*Filiberto Eduardo R. Manrique Molina*

*Omar Huertas Díaz*

*Luis Fernando Garcés Giraldo*

*Jean Carlo Mejía Azuero*

*Christian Benítez Núñez*

# **PRESENTACIÓN**

---





# Maternidad subrogada en Colombia como una situación de género

José Antonio García Pereáñez<sup>1</sup>; Lina María Ríos Martínez<sup>2</sup>;  
Jeisson Leonardo Londoño Quiroz<sup>3</sup>

## Resumen

La maternidad subrogada es un método de reproducción humana asistida. Este método se desarrolla cuando una mujer, en este caso, sustituta genética, se compromete a gestar un bebé con la obligación de entregarlo a los contratantes cuando nazca.

El presente escrito da cuenta del análisis sobre “La maternidad subrogada en Colombia como una situación de género”, esto se logró mediante la aplicación de los lineamientos de la investigación cualitativa, indagando por ello en la Ley colombiana, la Jurisprudencia y la Doctrina sobre regulación en materia de maternidad subrogada. Se encontró que con esta práctica se está violando la dignidad de la mujer, y se le da una categoría de “cosa” al ser humano. Es en esto, donde dos congresistas miembros del grupo político Centro Democrático, posterior a un estudio jurídico, social y ético sobre la maternidad subrogada, articularon el proyecto de ley 026 de 2016, procurando dar una mayor protección a la mujer y a las criaturas concebidas por este medio, tras años de fallidos proyectos de ley, cómo lo fue el 037 de 2009. Este análisis arrojó como conclusión, que esta práctica se viene realizando en Colombia de una forma desmedida, lo que acarrea la violación de Derechos Humanos tanto para el nasciturus y el neonato producto de esta práctica, como para los demás intervinientes.

1 Doctor en Bioética – Bioderecho, Universidad El Bosque. Magíster en Derecho, Magíster en Comunicaciones, Magíster en Filosofía, Magíster en Educación, Magíster en Estudios Bíblicos y Especialista en Psicología, Universidad de Antioquia. Magíster en Bioética, Licenciado en Filosofía y Letras, Filósofo y Teólogo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Con estudios en Derecho, Universidad Santo Tomás, Medellín. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana, sede Medellín. [jgarcip@coruniamericana.edu.co](mailto:jgarcip@coruniamericana.edu.co)

2 Abogada de la Corporación Universitaria Americana, integrante del Semillero de Investigación en Bioderecho. [Linamariarios18@hotmail.com](mailto:Linamariarios18@hotmail.com)

3 Abogado de la Corporación Universitaria Americana, integrante del Semillero de Investigación en Bioderecho. [jei.londo@gmail.com](mailto:jei.londo@gmail.com)

**Palabras clave:** derechos humanos; dignidad de la mujer; filiación; maternidad subrogada.

## **Surrogate Motherhood in Colombia as a Gender Situation**

### **Abstract**

Surrogate motherhood is an assisted human reproduction method. This method is developed when a woman, in this case, genetic substitute, commits to carry a baby with the obligation to deliver him/her to the contracting parties when he/she is born.

This paper reports the analysis of “Surrogate Motherhood in Colombia as a Gender Situation,” this was achieved by applying guidelines of qualitative research, investigating the Colombian Law, Jurisprudence, and Doctrine on regulation in issues of surrogate motherhood. It was found that this practice is violating the dignity of women, and gives a category of “thing” to the human being. In this two members of Centro Democrático political party, following a legal, social, and ethical study on surrogate motherhood, articulated the Bill 026, 2016, seeking to give a greater protection to women and children conceived under this method, after years of failed bills, as was the case of 037, 2009. This analysis concluded that this practice has been carried out in Colombia in a disproportionate manner, which entails the violation of human rights for both the unborn child and the newborn baby resulting from this practice, as well as for the other participants.

**Key words:** affiliation; human rights; surrogate motherhood; women dignity.

### **Introducción**

Las relaciones sociales generan fenómenos jurídicos, que en el desarrollo de su justa razón buscan ser enmarcados en lo legítimo y lo legal. La mater-

nidad subrogada como método de reproducción humana asistida<sup>4</sup> es una de estas figuras, que ha tenido connotaciones positivas y a la vez negativas, pues se parte de situaciones subjetivas, que emanan del alquiler de vientres. Estas situaciones generan confrontaciones libres de carácter axiológico frente a la maternidad subrogada, y sobre la necesidad de su regulación. Es menester en este texto desarrollar el fundamento, la finalidad y aplicación de la maternidad subrogada en Colombia, y la imperativa necesidad de alinear esta práctica de reproducción humana asistida, con una serie de violaciones de Derechos Humanos para con la madre subrogada, al considerar la maternidad subrogada como una forma de “trata de personas”, y una explotación de la mujer con fines reproductivos. Además de la violación de los derechos del que está por nacer, producto de esta práctica de reproducción asistida.

La problemática que surge de la maternidad subrogada o comúnmente llamada alquiler de vientres, genera cuestionamientos morales, sociales, económicos y políticos, en el colectivo en que se desarrollan los intervinientes en la subrogación materna, tal y como son la madre sustituta genética<sup>5</sup> o madre sustituta gestacional<sup>6</sup> y los padres contratantes.

La situación antes mencionada, pone en riesgo al nasciturus y al neonato producto de la maternidad subrogada, toda vez que el Derecho a la Filiación es la cúspide de los derechos en materia de familia. Devienen de este derecho, la custodia, los alimentos y los cuidados; y con esta práctica sin regulación alguna, no se plantea la delimitación o la solución de quién posee los lazos filiales entre la criatura y los intervinientes. Esto degenera, no solo la relación materno - filial, sino también la situación jurídico legal entre quienes intervienen en la maternidad subrogada.

En las líneas siguientes de este texto, se desarrollará el concepto jurídico de la maternidad subrogada en Colombia, así también, cómo es una práctica violatoria de los Derechos Fundamentales y Constitucionales. Además, se

---

4 Conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana. Dentro de estas técnicas encontramos la inseminación artificial, la fertilización in vitro con transferencia de embriones.

5 Es aquella madre que alquila su vientre y tiene vínculo genético con el nasciturus, debido a que esta presta su óvulo para ser fecundado en la reproducción asistida.

6 Es aquella madre que alquila su vientre, pero no tiene ningún vínculo genético con el nasciturus, debido a que no presta su óvulo para la reproducción asistida.

describirá ampliamente el Proyecto de Ley 026 de 2016 (Congreso de Colombia). Paso seguido, se argumentará y se criticará el concepto de filiación en la maternidad subrogada, para finalmente proponer el estado conclusivo.

## **Maternidad Subrogada: Situación Jurídica en Colombia**

La maternidad subrogada en Colombia, como procedimiento jurídico no tiene limitante debido a que no está permitida, pero tampoco prohibida. El alquiler de vientres se presenta de manera ilegal e irregular, a través de un contrato de hecho, que nunca nace a la vida jurídica. En la legislación colombiana, para que un contrato tenga validez, debe de existir una capacidad para obligarse la cual está estipulada tácitamente en el Código Civil, Artículo 502<sup>7</sup>. La maternidad subrogada en un marco contractual, sólo cumpliría con tres requisitos a los que se refiere el artículo 1502 de Código Civil Colombiano: la capacidad para obligarse de la persona, el consentimiento libre de vicio, y la causa lícita; mientras que el objeto nunca será lícito, bajo el entendido de que en Colombia no es posible negociar con la vida de un ser humano.

En maternidad subrogada existe un precedente en Colombia, en cuanto a iniciativa legislativa se refiere, y es el Proyecto de Ley 037 de 2009, presentado el 21 de julio de 2009 “por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones”.(Gaceta 609 de 2009, Congreso de la República de Colombia) La iniciativa inició con el objeto de establecer la práctica de la gestación sustitutiva<sup>8</sup>, mediante las técnicas de reproducción humana asistida, instaurando en igual forma los mecanismos efectivos para la realización de esta práctica.

Con el proyecto de ley 037 de 2009, se expuso la carencia reglamentaria legal en materia de gestación sustitutiva o comúnmente llamada alquiler de úteros, alquiler de vientres o maternidad subrogada. El ponente del proyecto de ley, Jorge Ignacio Morales Gil, informa que no utilizó el término de mater-

7 Artículo 1502: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz. 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito. 4) que tenga una causa lícita.

8 Gestación Sustitutiva: Conducta mediante la cual una mujer gesta en su vientre una criatura con la intención de entregar al concebido una vez se produzca el nacimiento.

nidad subrogada, debido a que el término “maternidad” encierra un sinfín de instituciones jurídicas, que van más allá de dar a luz a un ser humano. Tampoco se adecuó en el texto de ese proyecto, el término alquiler de vientres o útero, puesto que, en debida forma, entraría en discusión la existencia de un contrato de arrendamiento y la licitud del objeto mismo, encuadrado en el ordenamiento jurídico colombiano. No es sano tomar por objeto a una criatura que se gesta en un vientre materno, además que esta denominación tanto semántica como social, acarrea una violación directa de derechos de la criatura.

La gestación sustitutiva en razón de su sensibilidad social, exigió un análisis minucioso de sus alcances a nivel social, económico, jurídico, ético y médico, lo que llevó a concluir, que no es más que un mecanismo viable en reproducción humana asistida.

El proyecto de ley 037 de 2009 se archivó, pues, aunque pasó los debates en la Cámara de Representantes, de acuerdo a la ley 5 de 1992, concretamente el artículo 190, fue archivado por tránsito de legislatura, y en el Congreso no se volvió a presentar proyectos de ley, en materia de maternidad subrogada hasta el año 2016. En ese año se presentaron 3 proyectos de ley sobre el tema en mención: el proyecto de ley 202 del 2016, el proyecto de ley 056 del 2016 y el proyecto de ley 026 del 2016 (Congreso de Colombia).

### **Proyecto de Ley 026 de 2016: La Maternidad Subrogada como práctica violatoria de Derechos Fundamentales y Constitucionales en Colombia**

Después de varios años de inactividad en cuanto a la presentación de proyecto de ley en materia de reproducción humana asistida y maternidad subrogada, en el año 2016, se dio un nuevo paso por parte de los legisladores al presentar proyectos en temas de desarrollo científico y tecnológico, con el propósito de mejorar la calidad de vida de los colombianos. Entre estos proyectos se encuentra el proyecto de ley 026 del 2016 (Congreso de Colombia).

Es por esto, que el continuado silencio legislativo sobre la maternidad subrogada en Colombia, llevó a los honorables congresistas, Santiago Valencia González, representante a la Cámara y María del Rosario Guerra, senadora, miembros activos del grupo político Centro Democrático, a impulsar el proyecto de Ley 026 de 2016 (Congreso de Colombia), iniciativa de su autoría en

materia de alquiler de vientres. Este fue el propósito del citado proyecto: “Por medio del cual se prohíba la práctica de Alquiler de Vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos”. El proyecto pretende la prohibición de la práctica de alquiler de vientres, fundamentada en el hecho de no ser más que una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivos.

En Colombia la situación de pobreza, hace vulnerable a gran parte de su población, por cuanto de configurarse esta trata de personas y explotación de la mujer, se incurriría en un delito, tipificado en el ordenamiento jurídico colombiano, Ley 599 de 2000, Código Penal, artículo 188 A<sup>9</sup>. El carácter prohibitivo del proyecto de Ley 026 de 2016 (Congreso de Colombia), encuentra su fin en la protección de derechos a la dignidad, igualdad, autonomía, intimidad, procreación y salud de la mujer, así también como el derecho a la vida, la dignidad, la identidad, la libertad, la integridad y la seguridad de quien está por nacer, el nasciturus - Término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido -. La jurisprudencia mediante Sentencia T-223 de 1998, lo reconoce como sujeto de derechos constitucionales y fundamentales, derechos que en la práctica de la maternidad subrogada se hace visible su vulneración, dentro de los que se observa mayor relevancia el derecho a la identidad. El Artículo 25 de la Ley 1098 de 2006, establece el Derecho a la Identidad:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del Estado Civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia.

En Colombia, el único referente jurisprudencial en cuanto a alquiler de vientres se encuentra en la Sentencia T – 968 de 2009, jurisprudencia que no llena el vacío constitucional sobre la problemática, debido a que no se precisa

9 Artículo 188 A: El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”. Sobre esto, El Parlamento Europeo hace la siguiente aseveración: “esta explotación se concentra especialmente en las mujeres de países pobres o menos desarrollados”.

en el texto, si está o no permitida la maternidad subrogada. Presenta la citada Sentencia la ponderación de derechos entre las madres subrogadas y el menor que está por nacer, atribuyéndole a ambos, derechos y libertades, inalienables e intransferibles. La sentencia T- 968 de 2009, contraria en ayudar a solucionar litigios en materia de maternidad subrogada, confunde con su imprecisión, puesto que el origen del litigio que en esta Sentencia se estudia, efectivamente es de maternidad subrogada, pero esta figura se obnubila durante el proceso y finalmente lo que se discute son los derechos en materia del Derecho de Familia, del hijo producto de una relación sexual consentida y no por maternidad subrogada.

Es aquí donde se estima la necesidad de una legislación distinta a la que se propone en el citado proyecto de Ley 026 del 2016 (Congreso de Colombia), sugiriendo una mayor protección, principalmente a los derechos de la criatura, que se espera nazca por medio de esta técnica de reproducción humana asistida.

### **Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 026 del 2016**

El Proyecto de Ley 026 del 2016 (Congreso de Colombia) pasó el debate en el Senado, no conserva los intereses y los motivos de su radicación, puesto que como más adelante se comentará, ha sido modificado para ser más “permisivo” y dejar la “restricción absoluta” de la maternidad subrogada en el territorio colombiano.

Es así que pasada la primera ponencia en la Cámara de Representantes, sobre el proyecto de Ley 026 de 2016 (Congreso de Colombia) se rindió un informe objeto de debate, para segunda discusión, así dice el texto: “por medio de la cual se prohíbe el alquiler de vientres con fines de lucro en Colombia y se reglamenta su práctica” (Gaceta No. 989 de 2016, Congreso de la República de Colombia), justificando en su parte motiva que “la maternidad subrogada constituye un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad al utilizar las mujeres más vulnerables y atentar contra el interés del menor, que son sujetos de especial protección”(Proyecto de ley 026 de 2016).

El 2 de noviembre de 2016, el Proyecto 026 radicado el mismo año, giró y tomó una nueva posición respecto del tema de maternidad subrogada. La Comisión Primera de Cámara aprobó el texto, acordando una regulación que



busca castigar la práctica del alquiler de vientres con fines lucrativos, pero desistiendo de la prohibición absoluta. En el proyecto de Ley 026 de 2016 (Congreso de Colombia), el texto aprobado, contiene en su articulado la determinación del objeto, es decir, la prohibición de la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos, y la regulación para parejas colombianas con problemas de infertilidad o gestación.

Todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho. Solamente se permitirá el alquiler de vientres con fines altruistas, entendiéndose la labor “altruista” como la conducta humana solidaria que denota preocupación o atención desinteresada por el otro, tal y como es el sacrificio personal en beneficio del prójimo, sin pretensión de lucro, todo lo contrario al egoísmo, entre sujetos que gocen de plena capacidad, entre nacionales colombianos, en casos de infertilidad o problemas de gestación, pero presentando certificado médico del diagnóstico.

También se permitirá la subrogación, cuando se cuente con el consentimiento de una mujer relacionada hasta cuarto grado de consanguinidad con alguno de los solicitantes y que esté dispuesta a ser la madre subrogada. Para su regulación se adicionará en la Ley 599 de 2000, Código Penal el Artículo 188 E:

De la maternidad subrogada con fines de lucro: El que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, en donde se encontrará tipificada y penalizada la maternidad subrogada con fines económicos.

Por consiguiente, superada la segunda ponencia, el texto definitivo con modificaciones del proyecto de ley 026 de 2016, fue aprobado en sesión plenaria los días 25 y 26 de abril de 2017, “por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta su práctica” (Gaceta No. 297 de 2017, Congreso de la República de Colombia.) Aprobado el segundo debate, el proyecto objeto de este artículo continúa su curso legal

y reglamentario, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 182 de la Ley 5 de 1992.

### **Filiación Jurídica en la Maternidad Subrogada**

La filiación jurídica en la maternidad subrogada, es un tema álgido que no ha sido incluido en los proyectos de ley sobre este tema. Se trata de una situación de gran relevancia social y jurídica. La filiación es un derecho universal que debe ser respetado a toda criatura humana en su condición de neonato. De él devienen derechos como: la custodia, los alimentos y el cuidado. Este derecho, es entendido como la relación o vínculo jurídico entre dos personas, donde una desciende de la otra.

El principal obstáculo de la regulación de la maternidad subrogada en Colombia en cuanto a la filiación jurídica, está enmarcado en las relaciones materno-filiales. La discusión recae sobre cuál de las dos mujeres que intervienen en el procedimiento de maternidad subrogada es la madre del hijo que se procrea, lo que conlleva a determinar entonces la relación materno-filial de la cual se desencadena una serie de derechos y obligaciones.

Entendiéndose que el título de “madre” en Colombia se adquiere en dos momentos ajenos el uno del otro. El primero en el alumbramiento, es decir, al nacimiento del hijo se considera madre a aquella mujer que alumbró a este neonato. Y, en segundo lugar, se puede considerar madre a aquella mujer que adquiere la relación filial con otra persona, mediante adopción. En ambos casos el hijo adquiere los mismos derechos, no obstante, adquieren distinto parentesco, ya que, en el caso del hijo adoptado, se alcanza un parentesco civil y en el caso de que sea un hijo producto de un coito, o de una técnica de asistencia reproductiva -donde se demuestre la descendencia por medio de la genética - se adquiere un parentesco consanguíneo. Teniendo claro entonces, el título de “madre” y los momentos involucrados, se entiende que, en Colombia, hasta la actualidad en un procedimiento de maternidad subrogada, la calidad de madre, y por consiguiente la relación materno-filial recae sobre la madre gestante.

Llama la atención, que, aunque el Código Civil Colombiano, no haya planteado temas de desarrollo científico, dispone de una figura jurídica, que, al

momento de tener una maternidad subrogada, podría ser usada - llegado el caso de un litigio. Tal figura está acordada en el artículo 335 sobre impugnación de maternidad. Con todo, la madre contratante también aportó sus óvulos para ser inseminados, es decir, que el hijo producto de esta sustitución materna posee genes de esta madre contratante y que la mujer gestante, solamente prestó o alquiló su vientre para servir como una “cuna” o una “incubadora”.

El trámite de adopción está nombrado en la Ley de Infancia y Adolescencia, y es un mecanismo idóneo como complemento de la maternidad subrogada. Siendo así, que para que sea posible adquirir esa adopción, la madre gestante tendrá que renunciar a todos los derechos que posee sobre el hijo y dejar estos derechos en la titularidad del padre contratante.

Posterior a esto, la madre contratante podrá adoptar al hijo de su pareja (pueden ser cónyuges o compañeros permanentes). En Colombia se puede realizar este procedimiento de adopción del hijo de la pareja, de acuerdo a la Sentencia C-683 del 2015 (Corte Constitucional). Las personas que convivan en unión marital de hecho, así sean homosexuales, pueden invocar la adopción. De todo lo anterior se puede inferir, que la adopción podría ser una buena opción para resolver los dilemas filiales en la maternidad subrogada.

## Discusión

En el momento presente y por las condiciones axiológicas y jurídicas que vivimos los colombianos, la maternidad subrogada se presenta como una situación de género. Es visible en esta práctica la vulneración de los Derechos Sexuales y Reproductivos de la mujer, la violación a su dignidad, la explotación del derecho a procrear. Así también, la indeterminación filial de la criatura producto de esta experiencia de reproducción asistida, que configura la “cosificación” de la mujer que “alquila” su vientre, la “objetivación” del nasciturus y después del neonato, primero como objeto de consumo y luego de comercialización.

La presencia del contrato en la maternidad subrogada configura a esta práctica en medio de la oferta y la demanda. Se ofrecen por necesidades apremiantes, mujeres que alquilando su vientre obtienen un beneficio económico.

Demandan solicitando este “servicio”, parejas que no pueden tener un hijo mediante un coito, escudados en su solvencia para el pago. Lo uno y lo otro configura una situación inmoral de aprovechamiento, en medio de la laxitud jurídica imperante en Colombia sobre esta práctica de reproducción asistida.

La mujer “contratada” lleva la peor parte en el alquiler de vientres. Los contratantes se aprovechan de su precariedad económica, maltratan su dignidad y cosifican su voluntad. A pesar de esto, la filiación de la criatura queda en suspenso a favor de quienes proveen el pago. Todo esto, pretenden “maquillarlo” con una autorización de la “maternidad altruista o solidaria”, que en definitiva sigue siendo el mismo procedimiento, sin publicar el dinero y las compensaciones que median en esta relación.

## Conclusiones

La maternidad subrogada es un tema que actualmente está siendo debatido en las cámaras legislativas de muchos países. Colombia no es la excepción. Se ha visto la necesidad de que el derecho se adapte a los cambios sociales, culturales, y a los avances tecnológicos y científicos, para legislar en materia de técnicas de reproducción humana asistida.

En consecuencia, se identifica en este texto, que el Proyecto de Ley 037 de 2009 y el Proyecto de Ley 026 de 2016, se fundamentan claramente con el propósito de legislar en cuanto a gestación sustitutiva o maternidad subrogada. Respecto a la práctica desmedida de este método de reproducción humana asistida en Colombia, que se viene desarrollando con una figura errónea como lo es un contrato de hecho, esto no encuentra legalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, y se configura como una vulneración a derechos fundamentales y constitucionales del nasciturus y una explotación de la mujer con fines reproductivos y económicos.

La finalidad del Proyecto de Ley 026 de 2016, es regular el alquiler de vientres con fines altruistas y no económicos. Proyecto que busca proteger derechos como el de la vida, la dignidad humana y la identidad, evitando de esta forma controversias de tipo penal entre los intervinientes en la maternidad subrogada, madre sustituta gestacional – madre sustituta genética y los padres contratantes

## Referencias bibliográficas

- Arámbula, A. (2008) *Maternidad Subrogada*. México: Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior.
- Camacho, J. (2009) *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Recuperado de: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- Cámara de representantes, Colombia (2009) *Proyecto de ley 037 de 2009 cámara*.
- Congreso de la República, Colombia (2016) *Proyecto de ley 026 de 2016*. Recuperado de: [http://www.imprensa.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=026&p\\_consec=45417](http://www.imprensa.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=026&p_consec=45417)
- Congreso de la república, Colombia (1887) *Ley 57 de 1887*. Bogotá.
- Congreso de la república, Colombia (1981) *Ley 23 de 1981*. Diario Oficial No. 35.711 de 27 de febrero de 1981. Bogotá.
- Congreso de la república, Colombia (1991) *Ley 12 de 1991*. Diario Oficial 39640 de enero 22 de 1991. Bogotá.
- Congreso de la república, Colombia (2000). *Ley 599 de 2000 – Código Penal*. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Santa Fe de Bogotá, D. C.
- Congreso de la república, Colombia (2006). *Ley 1098 del 2006 – Código de Infancia y Adolescencia*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana (2015) *Sentencia de C- 683 del 2015* (noviembre 4) Magistrado Ponente. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá
- De la torre, M. (1993) *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Chile.
- Hernández, R. (2016). *Metodología de la Investigación Cualitativa*. Recuperado en: <https://metodologiaecs.wordpress.com/2016/01/31/libro-metodologia-de-la-investigacion-6ta-edicion-sampieri-pdf>
- Lema, C. (1999) *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. España: Trotta.
- Llusiá, J., Lanchares, J.L. y Mora, F. (2000) *Las dos primeras semanas de la vida*. España: Ediciones Universidad de Salamanca, Fundación Duques de Soria.
- Marín, G. (2005) *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Medellín: Sello editorial, Universidad de Medellín.

Sánchez, R. (S.f.) *La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos*.  
Archivo en PDF disponible en: [http://www.fundacionmhm.org/www\\_humanitas\\_es\\_numero49/papel.pdf](http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/papel.pdf)

# Caracterización histórica del funcionamiento de los servicios de salud en Colombia: caso de la atención de urgencias en salud

Jaime León Gañán Echavarría<sup>1</sup>; Carlos Arturo Ruiz<sup>2</sup>

## Resumen

La evolución del concepto de atención de urgencias y de su contenido no ha sido pacífico. El artículo analiza los diferentes estadios por los cuales ha pasado en términos jurídicos el concepto de Urgencias y de Atención de Urgencias, esto es, desde la atención básica articulada en modelos asistencialistas hasta su atención integral basada en el reconocimiento del Derecho a la Salud como un derecho Fundamental autónomo. Así mismo, se detalla cómo y a pesar de la evolución conceptual citada, la atención de urgencias ha sido en muchos casos nugatoria bajo parámetros de barreras de todo tipo en el esquema del Sistema General de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993. Situaciones que en muchas ocasiones ha desbordado la capacidad real de inspección, vigilancia y control de las autoridades competentes y que en consecuencia se requeriría avanzar en la propuesta de tipificación de la Conducta punible: Omisión o denegación de la atención de urgencias en salud, como prevención o si es necesaria como sanción penal del llamado “paseo de la muerte”.

**Palabras clave:** derecho fundamental a la salud, urgencias en salud, IVC - inspección, vigilancia y control, conducta punible.

---

1 Tecnólogo Deportivo del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Estudios Posdoctorales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. jlechavarría@americana.edu.co. ID Orcid: 0000-0002-6873-8744.

2 Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en derecho penal de la Universidad Libre de Bogotá, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Bogotá, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Eafit, Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Santo Tomás en Convenio con la Universidad de Salamanca, Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás, Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. caruiz@americana.edu.co. ID Orcid:

## Historical characterization of the functioning of health services in Colombia: a case of the urgent health care

### Abstract

The evolution of the concept of urgent care and that of its content has not been peaceful or orderly. This current article analyzes the different stages through which the concepts of Emergencies and Urgent Care, in legal terms, have gone through. That is to say, from the basic care structured in assistance-based models to comprehensive care based on the recognition of the Right to Health as an autonomous Fundamental right. Likewise, it is detailed how and despite the aforementioned conceptual evolution, the urgent care has been deceitful in many cases, under parameters of all kinds in the scheme of the General System of Integral Social Security set up by the Law 100 of 1993. Situations that in many cases have exceeded the real capacity of inspection, vigilance, and control of the competent authorities, and as a consequence, it would be necessary to advance in the proposal of characterization of the punishable act: Omission or denial of the urgent health care, as prevention, or whenever required, as criminal sanction of the so-called “death ride.”

**Key words:** urgent care, urgent health care; right to health; fundamental right; general system of integral social security.

### Introducción

En Colombia, se han venido presentando como hechos generalizados que afectan a las personas que por enfermedad o accidentes consultan los servicios de salud, las siguientes situaciones:

En primer lugar, las instituciones de la red hospitalaria, tanto pública como privada, teniendo la capacidad instalada y sin justa causa, niegan a la persona en situación de riesgo, el acceso a la atención de urgencias argumentando falta de uno o algunos de los requisitos que supuestamente le habilita para acceder al servicio, a saber: no tienen contrato o autorización previa de la Entidad Prestadora de Salud (EPS) o de la entidad responsable de la autori-



zación, faltan semanas cotizadas al sistema de salud, la empresa o empleador está atrasado en los pagos, se debe cancelar previamente la cuota moderadora o copago, etc.

En segundo lugar, el médico no realiza el examen en forma integral, no escucha al paciente, no le brinda educación sobre cuidados y signos de alarma, en otros términos y no establece una relación médico-paciente como acto médico institucional. En este sentido, al paciente no le hacen el tratamiento requerido por falta de ayudas diagnósticas y desconocimiento de antecedentes personales y familiares.

Por último, el afiliado lleva mucho tiempo de consulta en consulta, sin solución; y sin tener en cuenta su dolor, el médico no le receta los medicamentos que requiere. El médico le dice al paciente que los síntomas que presenta son normales para su edad o que éstos son generados por el alto nivel de estrés que maneja.

Todos estos eventos o barreras al goce efectivo del Derecho a la Salud restan calidad tanto a los servicios a que tienen derecho todas las personas en Colombia como al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El hecho más notorio derivado de las barreras de acceso se conoce en diversos escenarios como el “paseo de la muerte”, esto es, una problemática en la cual los pacientes mueren por ser trasladados de un centro hospitalario a otro, o por la negación de la atención en el hospital o por la atención tardía, entre otras múltiples causas, atribuibles la mayoría de ellas, a la negligencia institucional o al profesional de la salud quien omite, previo a la remisión del paciente, la clasificación de la persona para la atención de urgencias o *triage*, lo que ocasiona que esta no pueda recibir la atención de urgencias y con ello, su consecuente deceso.

Frente a esta situación, los órganos de control y vigilancia competentes se han visto obligados a adelantar, en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, investigaciones disciplinarias en las que han terminado sancionadas las EPS por negar el servicio de atención de urgencias. Sin embargo, no se ha logrado obtener que las entidades que prestan el servicio de salud y su personal mejoren el servicio y corrijan sus actuaciones para que no se sigan presentando las afectaciones a la vida e integridad de los pacientes ni se defraude al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por ello, ante la negativa en la atención de urgencias y la poca eficiencia del derecho administrativo sancionatorio para solucionar esta problemática, se hace necesario intervenirla mediante el sistema penal en su función preventiva. De allí, que han sido varios los intentos legislativos por tipificar la conducta punible de omisión o denegación de la atención de urgencias en salud, entre ellos: mediante decreto legislativo 126 del 2010, se adicionara al Código Penal colombiano el artículo 28 sobre el delito de omisión en la atención inicial de urgencias, declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-302 de 2010 y el Proyecto de Ley 212 de 2015, por medio de la cual se hace una adición al Código Penal; se crea el tipo penal “omisión o denegación de urgencias en salud” y se dictan otras disposiciones, archivado por tránsito legislativo, persistiendo la necesidad de que el sistema penal intervenga en la solución al conflicto antes planteado, para acabar de esta manera el vacío de punibilidad que alrededor de ello existe.

En razón de lo anterior, se plantean en esta investigación las preguntas de si es necesario para Colombia crear el delito de omisión en la atención de urgencias y cuál debe ser el tratamiento jurídico penal de esta omisión, para verificar qué delito podría aplicarse o si es necesario tipificar una nueva conducta punible.

La respuesta al interrogante conduce a señalar de manera positiva la creación del delito de omisión en la atención de urgencias, de acuerdo a con la siguiente argumentación: primero, la conducta de omisión de socorro consagrada en el artículo 131 del Código Penal colombiano no colma el grado de daño antijurídico que la conducta de negación del servicio básico de urgencias, cometida por parte del personal clínico y administrativo, genera tanto al bien jurídico individual de la integridad personal como a la salud pública como bien jurídico tutelado.

Segundo, el alto índice de muertes generadas por la negación de la atención de urgencias indica de manera definitiva, que la norma de conducta consagrada en el delito de omisión de socorro está lejos de cumplir su función preventiva. De ahí, que para dar una respuesta adecuada a este fenómeno criminal se acuda al sistema penal, en su función de prevención general positiva, para lograr con ello, una concientización en el personal de salud, en especial, el

adscrito a las EPS e IPS, para que se abstengan de poner en peligro el bien jurídico, mientras tengan capacidad de actuación, poniendo así, límite a las consecuencias de sus actos.

El abordaje de este problema en la presente investigación requirió en primer lugar, que se determinara el fenómeno de la omisión o denegación de la atención de urgencias, describiendo sus causas y consecuencias. Así mismo, se analizó el tratamiento tanto doctrinario como jurisprudencial que en España se ha dado a este fenómeno, por ser este uno de los países que a la fecha ha tipificado la conducta como delito. Adicionalmente, se realizó una caracterización y conceptualización del bien jurídico de la salud, para concluir con un estudio de los elementos de la conducta punible creada bajo el Decreto Ley 126 de 2010 y del Proyecto de Ley 212 de 2015.

Cabe señalar, que entre los instrumentos metodológicos utilizados para recoger la información de la presente investigación se encuentran la ficha documental de análisis y la matriz de categorías. Estos instrumentos, corresponden a la perspectiva metodológica aplicada en la investigación la cual es de carácter descriptivo y cualitativo, en tanto trata de identificar la naturaleza, estructura y manifestación del fenómeno conocido a nivel social como *paseo de la muerte*.

Así las cosas, la ficha documental permitió dar cuenta de la doctrina relacionada con el tema; al tiempo que la matriz de análisis permitió registrar eventos y casos hallados sobre el *paseo de la muerte* como fenómeno de estudio, clasificándolos de acuerdo a unas categorías construidas de manera intencionada, a saber: fuente, lugar, fecha, actores afectados, entidad acusada, evento, causas y consecuencias.

A su vez, el marco teórico expone el tratamiento jurídico penal que se ha dado por parte de doctrinantes españoles, al comportamiento de la omisión en la atención básica de urgencias y la conceptualización y delimitación de la salud pública como categoría jurídica penal. Todo lo anterior, permitió esclarecer el fenómeno social y concluir que para la realidad colombiana es necesaria la prohibición penal en estos hechos.

Se intentará brevemente describir los principales puntos que se abordan en cada uno de los capítulos que construyen esta investigación.

En el capítulo uno, se presenta una caracterización histórica del funcionamiento de los servicios de salud en Colombia, en especial de la atención de urgencias, dando lugar a un análisis posterior que permite entender los factores generadores del fenómeno del *paseo de la muerte* y el tratamiento legislativo para controlarlo.

En el capítulo dos, se expone la evolución y los factores del derecho fundamental a la salud pública en el contexto internacional y nacional para llegar a conceptualizar y delimitar, en cada uno de sus elementos, el bien jurídico de la salud pública protegido en el título trece (XIII) de la Ley 599 de 2000.

En el capítulo tres, se advierte el tratamiento que la legislación española le ha dado a la omisión en la denegación de la atención básica de urgencias, único país que en la actualidad lo incluye como conducta punible. De allí, la pertinencia empírica y temática que representa el caso español para el desarrollo del presente estudio, pues la riqueza que contiene en el tratamiento del tema es factible de trasladar interpretativamente al contexto colombiano, como potencial factor de comprensión del fenómeno y de las posibles soluciones que desde la configuración del tipo penal se generan, para la claridad en la aplicación por parte del operador jurídico colombiano.

En el capítulo cuarto, se desarrolla el estudio de la estructura típica del delito de omisión en la atención inicial de urgencias, contenido en el Decreto 126 del 21 de enero de 2010 creado por el Gobierno colombiano bajo el amparo del estado de emergencia económica y social (Decreto 4975 de 2009) y del Proyecto de Ley 212 de 2015.

### **Caracterización del fenómeno de la omisión en la atención de urgencias en salud**

El presente capítulo tiene como propósito presentar una caracterización histórica del funcionamiento de los servicios de salud en Colombia, en especial de la atención de urgencias, dando lugar a un análisis posterior que permita entrever los factores generadores del fenómeno del “paseo de la muerte”.

### **La consagración de la atención de urgencias**

### ***Periodo comprendido entre 1948 y 1993***

En tiempos inmediatamente anteriores a la expedición de la Ley 100 de 1993, el Estado colombiano no tenía una estructura organizacional y sistemática para atender de manera interdependiente los servicios de salud. La salud pública era atendida por la Red Hospitalaria de orden nacional, departamental y local, y dirigida a los sectores más vulnerables de la población (Jaramillo, 1997, p. 29). Incluso, hacia las décadas de los años setenta y ochenta persistía la concepción asistencial de la caridad pública, puesto que no se habían desarrollado los conceptos jurídico-constitucionales del derecho a la salud (Asamblea Nacional Constituyente, 1986), (Congreso de Colombia, 1936) y (Presidente de Colombia, 1963).

Así las cosas, los hospitales operaban mediante la financiación del presupuesto por medio de asignaciones fiscales de orden departamental y por transferencias directas de la nación. Esto hacía que el sistema nacional de salud se distinguiera en su funcionamiento por su tendencia centralizadora dado que se concentraban en la capital del país las funciones administrativas y el manejo de los servicios, con ello, los departamentos, municipios y el sector privado quedaban reducidos a un papel menor (Profamilia, 2010, p. 399).

Por otra parte, el régimen contributivo de atención a la salud era monopolizado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), fundado en 1948, bajo la administración del presidente Mariano Ospina Pérez, el cual inició sus labores con la misión de atender a la salud de los trabajadores. Como explica Patiño (2002) la red de servicios médicos y hospitalarios era administrada por el Estado, y se financiaba con los aportes parafiscales provenientes de los patronos y trabajadores. Posteriormente, hacia 1967 el ICSS asumió las funciones como Entidad Administradora de Pensiones.

Así mismo, existían otras entidades de origen estatal como la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, entre otros entes administrativos que atendían la salud de los empleados y trabajadores del Estado, tanto en materia asistencial de salud como en pensiones, financiados directamente con el presupuesto nacional (Jaramillo, 1997, p. 30).

En coexistencia con el Sistema Nacional de Salud, el ICSS y otras entidades de previsión social se encontraban los servicios privados de salud como consultorios y clínicas.

Posteriormente, en la medida que el país presentó una notoria expansión de la población económicamente activa, se crearon crecientes demandas en los servicios de salud y pensión, lo cual generó unas circunstancias no previstas en la legislación socio-laboral del país para hacerse sostenible en el tiempo, suscitando desequilibrios fiscales, que despertaron múltiples debates y reacciones encontradas por parte de los estamentos productivos, gremiales, sindicales y políticos (Jaramillo, 1997, p. 31).

Coincidentalmente, la crisis del sector salud desencadenada en las postrimerías del siglo XX, se hizo presente al tiempo de la instauración de un nuevo modelo de desarrollo basado en la libre competencia de los mercados, surgido de las decisiones del Consenso de Washington en 1980, el cual planteaba la revisión del papel del Estado en la economía, abogaba por la reducción de sus funciones interventoras sustituyéndolas por pautas de regulación, y proponía la separación de sus competencias como asignador y subsidiador de recursos en la economía (Díaz, 1998, p. 35).

De esta nueva tendencia paradigmática del desarrollo mundial surgieron premisas como la viabilidad, la productividad, la sostenibilidad y la eficiencia de los distintos sistemas organizacionales, tanto en el sector público como en el privado. Colombia no fue ajena a estas transformaciones socioeconómicas, y en la medida en que renovaba sus estructuras institucionales por medio de la expedición de una Constitución garantista que promulgaba el Estado Social de Derecho, operaba mecanismos de apertura, internacionalización y diversificación de los mercados. La descentralización de los servicios de salud inició con el decreto 77 de 1987, continuó con la Ley 10 de 1990 y avanzó con la Ley 60 de 1993.

En este contexto, la atención básica de urgencias, hoy atención de urgencias<sup>3</sup>, (Congreso de Colombia, 2015) y (Corte Constitucional de Colombia, 2014), no tenía una consagración expresa y se remitía en general a la posibilidad de que se le diera atención a una persona en una situación por razones humanitarias o de simple caridad cuando ni la persona, ni su familia contaban con los recursos económicos para acceder a dicha atención.

---

3 Recibe la denominación de atención de urgencias en virtud del principio de integralidad del derecho a la salud.

## ***Periodo comprendido entre 1993 y 2011***

Con la entrada en vigencia en Colombia de la Constitución de 1991, el derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en Colombia en los artículos 44<sup>4</sup> y 49 como un derecho inherente a la persona. Este derecho fue reglamentado por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral colombiano (Congreso de Colombia, 1993). Este sistema está compuesto por tres subsistemas, entre ellos, el Sistema General de Seguridad Social en Salud o SGSSS.

El SGSSS (Congreso de Colombia, 1993) contempló la existencia simultánea de dos regímenes: el régimen contributivo<sup>5</sup> (Presidente de Colombia, 2015 y 2016) y el régimen subsidiado<sup>6</sup> (Presidente de Colombia, 2015, 2016 y 2017) en salud. A más de una forma intermedia y teóricamente transitoria denominada como “vinculados” o población pobre no afiliada o por afiliar y que en un comienzo no tiene derecho a un plan de beneficios. El SGSSS tiene como objetivos regular el servicio público y esencial de salud, crear condiciones

Para el acceso a toda la población al servicio de salud en todos los niveles de atención, cubrir las contingencias de enfermedad general y maternidad de sus afiliados y beneficiarios, y como corolario, garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Con tal fin, la citada Ley 100 de 1993 estipuló la implementación de un Plan Obligatorio de Salud o POS (Congreso de Colombia, 1993), como un conjunto básico de servicios en salud para los afiliados y beneficiarios de dicho sistema. El hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS) pretende, en consecuencia, cubrir las necesidades en salud y satisfacer el derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del por medio de la implementación, reconocimiento y garantía de servicios de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, medicamentos, intervenciones, hospitalización y rehabilitación, entre otros.

Así mismo, en ocasión de la implementación de la ley se separó el siste-

---

4 Este Capítulo se refiere a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, dentro de ellos consagra especialmente el de la salud.

5 Corresponde a la población pobre y vulnerable que se identifica por medio de un mecanismo de selección de beneficios en áreas sociales, denominado SISBÉN.

6 Dirigido a personas con capacidad de pago o de cotización.

ma pensional del seguro de salud, se crearon las administradoras de riesgos profesionales (ARP)<sup>7</sup> con el fin de garantizar la viabilidad y sostenibilidad del sistema; se desmontó el monopolio estatal en materia de régimen contributivo mediante la institución de diversas EPS que ofrecían la libre elección por parte de los usuarios, es decir, el régimen contributivo entraba al libre mercado de la competencia de servicios<sup>8</sup>; y finalmente, se implementó el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA<sup>9</sup> como ente canalizador y redistribuidor de los recursos financieros provenientes de las contribuciones (Cardona, 2002, p. 36).

La finalidad principal de la Ley 100 de 1993 fue lograr cobertura universal en la prestación de los servicios de salud. Para ello, la estrategia empleada se soportó, como se mencionó anteriormente, en la implementación de dos regímenes: contributivo y subsidiado, más los Planes de Atención Complementaria<sup>10</sup> (Congreso de Colombia, 2007 y 2011). Al respecto, se esperaba, en 1993, que los PAC pudieran llegar a cubrir al 10% de la población con mayores ingresos, que el régimen contributivo cubriera el 70% con los aportes obligatorios obrero-patronales y que el régimen subsidiado alcanzara con los aportes de origen fiscal y parafiscal, el 30% (Profamilia, 2010, p. 400).

No obstante, los resultados esperados aún no se han podido lograr por los altos niveles de desempleo y subempleo con los que cuenta el país. Pues, solamente el 40% de las personas contribuyentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) está en el régimen contributivo, mientras que el régimen de seguridad social superó lo proyectado y soporta el 60% de la población que no posee capacidad de pago. Según datos registrados en la Encuesta Nacional de Demografía y Salud el porcentaje de cotizantes al régimen contributivo ha permanecido fijo desde 1996 y a pesar de ello sostiene la salud de un número considerable de colombianos (Profamilia, 2010).

Ello se da, porque en Colombia, en materia económica, el subempleo es uno de los problemas más sensibles y delicados que irradian la no sostenibilidad del SGSSS ya que representan más del 50% de la clase obrera activa que

7 Hoy denominadas Administradoras de Riesgos Laborales (ARL).

8 El SGSSS colombiano se fundamenta en dos teorías macroeconómicas: la competencia regulada y el pluralismo estructurado.

9 Ha sido reemplazada por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

10 Hoy denominados, en términos generales, Planes Voluntarios de Salud.



está ubicada en el régimen subsidiado (Gaviria y Palau, 2006).

La misma encuesta, respecto al entonces Plan Obligatorio de Salud (POS) que deben ofrecer las EPS administradoras del régimen contributivo y las del régimen subsidiado, evidencia que, en materia de percepción de la calidad de la prestación de los servicios de salud, trátese de cotizantes, beneficiarios o vinculados, califican la asistencia de regular o mala. Paralela a esta percepción negativa sobre la prestación de los servicios de salud, la encuesta identifica que el 11% de las personas que en los últimos 30 días consultaron a una Institución Prestadora de Servicios (IPS), pagaron el costo total del tratamiento de la enfermedad y el 21% lo hizo de manera parcial (Profamilia, 2010).

Conviene en este contexto, indicar que las anteriores apreciaciones se pueden explicar tanto por el interés que tiene el empresario de maximizar la utilidad o beneficio económico, afectando con ello el derecho de los titulares de los servicios de salud y por último defraudando al SGSSS; como por la descripción de la realidad que día a día viven los usuarios al momento de solicitar el servicio de salud.

En relación con lo anterior, la Procuraduría General de la Nación emitió en el instructivo número 0018 para asuntos laborales las principales formas en que los empresarios del sector salud defraudan al sistema, como sigue: solicitud de requisitos no contemplados en la ley o expresamente derogados; inconsistencias en los sistemas de afiliación y falta de actualización inmediata con relación a pagos; discriminación en la atención de los afiliados según la categoría social y económica del particular y exigencias de dinero para prestar la atención médica asistencial, sobre todo en caso de urgencias.

Efectivamente, La Ley 100 de 1993 determinó la tutela de protección a la vida e integridad personal por medio de los servicios de atención inicial de urgencias y estableció como obligación jurídica que todas las entidades prestadoras del servicio (IPS) como actoras del Sistema General de la Seguridad Social en Salud tuviesen que prestar los servicios de salud sin discriminación alguna, sin exigencia de contrato con la Entidad Promotora de Salud (EPS) ni orden previa de la misma (Congreso de Colombia, 1993) y (Ministerio de la Protección Social, 2006).

Atención inicial de urgencias. La atención inicial de urgencias debe

ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía, en los casos previstos en el artículo anterior, o por la entidad promotora de salud al cual este afiliado en cualquier otro evento (Congreso de Colombia, 1993).

El Ministerio de Salud estipuló que los gastos generados en la atención sean asumidos de acuerdo con la situación, por la EPS respectiva, por el SOAT o el FOSYGA<sup>11</sup>.

Atención inicial de urgencias. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias. El costo de los servicios será asumido por la Entidad Promotora de Salud o administradora del Régimen Subsidiado a la cual se encuentre afiliada la persona o con cargo al FOSYGA en los eventos descritos en el artículo precedente.

Como caso típico del desfalco al sistema de salud se encuentra la negación a la prestación de los servicios básicos, con lo cual se pone en peligro de muerte al afiliado o beneficiario. La Corte Constitucional conceptuó sobre la obligación de las entidades públicas y privadas que prestan su servicio de salud, de suministrar la atención inicial de urgencias sin que medie para el efecto ningún criterio económico. Así lo estableció en Sentencia T-760/2008 (Corte Constitucional, 2008) concluyendo que las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por su carácter prestacional y, por ende, por su progresivo cumplimiento, pueden ser exigibles de manera inmediata en los casos en que esté comprometida la vida o la integridad personal (en su momento bajo la tesis de la conexidad) por la indivisibilidad e interdependencia de los derechos.

Esto, se relaciona con el carácter del derecho a la salud que tiene una dimensión positiva y una negativa, en tanto el Estado como los particulares pueden afectarlo, bien por omitir la prestación de un:

---

<sup>11</sup> Hoy por el ADRES en vez del FOSYGA.

Servicio de salud, (...) por una acción (...) [o] conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona (...) [o] cuando la omisión en el cumplimiento de las obligaciones correlativas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado, este puede reclamar la protección judicial (...) El criterio propuesto por la jurisprudencia para determinar cuándo se está ante tal situación es de la urgencia (...) la urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación (...), (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-760/2008).

De este modo, la prestación de los servicios de salud se hace indispensable y de exigencia inmediata para el Estado, cuando la persona se encuentre ante el evento de una urgencia vital<sup>12</sup>. Ello, obedece a la necesidad de evitar un perjuicio para el requirente. En síntesis, afirma la Corte Constitucional (2008) en Sentencia T-760 párr. 4.4.1 que “el orden constitucional vigente garantiza (...) por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuales depende su mínimo vital y su dignidad como persona”, ejemplo: cuando una persona refleja una condición medio grave con características de urgencia vital y demanda un tratamiento urgente.

Con base en lo anterior, las EPS no pueden omitir el tratamiento de urgencias (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017), así fuere prescrito por facultativos no adscritos a ellas, que evaluaran previamente a un paciente. Al respecto, en el Decreto 1938 de 1994 (Presidente de la República, 1994) por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el SGSSS, en el artículo 26, parágrafo 1º, alusivo a los periodos mínimos de cotización, se dice, que la atención será inmediata sin someterse a periodos de espera, incluyendo las urgencias.

Esto se entiende, debido a que el derecho a la salud comprende el acceso a la atención de manera oportuna, eficaz y con calidad. De allí, que la Corte puntualice que este acceso se debe garantizar sin importar la antigüedad del usuario o si existe una suma menor de semanas cotizadas de las requeridas, si

---

12 El término *urgencia vital*, según la Defensoría del Pueblo, se venía utilizando indiscriminadamente por aseguradores y prestadores de servicios de salud, pero legalmente este concepto no existe, menos como mecanismo para negar en algunos casos la atención de una urgencia

la persona está afiliada a un sistema y no a una empresa integrante del mismo, o si está afiliada al régimen contributivo o al subsidiado.

Respecto a la atención de urgencias, la Corte es explícita en prohibirle el pago como precio de cuotas o sumas de dinero al paciente, pues se hace prevalecer el criterio de gratuidad, afirmando que “la Constitución Política en su artículo 49 obliga al legislador a reconocer ‘una atención básica gratuita’ del servicio de salud Asamblea Nacional Constituyente (como se citó en Corte Constitucional, 2008), es decir, sin el presupuesto de una tarifa mínima. Este principio de gratuidad en el servicio de urgencias se hace extensivo a todos los habitantes, independientemente, de su condición social y económica. De ahí, que negar una urgencia a personas en extrema pobreza o indigencia se constituye en una vulneración al derecho<sup>13</sup>.

### ***Período comprendido de 2014 y 2018***

Luego de un largo período de considerar el derecho a la salud como un típico derecho enmarcado en la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales y de buscar su iusfundamentalidad por vía a veces de conexidad y otras veces de la teoría de la trasmutación, Colombia decide vía ley estatutaria reconocer el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo (Congreso de Colombia, 2015).

De hecho, fueron más de 20 años que se estuvo interpretando y reinterpretando el derecho a la salud, avanzando y retrocediendo, en la concepción de su naturaleza jurídica, a veces desde la orilla de los meros derechos prestacionales y de la consideración de la salud como un mero servicio público, en ocasiones con algún grado de fundamentalidad para efectos de su protección vía acción de tutela, hasta las orillas de su fundamentalidad u otra autónoma desde los criterios materiales del mismo (Gañán, 2013).

Declarada constitucional como ley y condicionada en algunos de sus apartes por la Sentencia C-313 de 2014 (Corte Constitucional, 2014), la Ley Estatutaria de Salud y la propia sentencia mencionada dimensionaron los conceptos,

<sup>13</sup> Máxime que el valor de la atención de urgencia siempre podrá ser recobrado por la entidad ante el actor del SGSSSS correspondiente con base en el principio de la solidaridad.

elementos, principios y características que estructuran tan valioso derecho en sede del Estado social, del concepto de bloque de constitucionalidad, del principio de la dignidad humana y del principio *pro homine*.

En tal dimensión los conceptos relativos a la atención de urgencias fueron analizados y determinados a favor de las personas que requieren de tales servicios esenciales de salud.

En efecto, el artículo 14 al final de la Ley Estatutaria de la Salud determina: prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia. (Congreso de Colombia, 2015) En tal sentido la Corte Constitucional (2014) consideró en la Sentencia C-313:

En cuanto al inciso primero del artículo 14, tras reiterar el vigor del principio de universalidad en materia del derecho fundamental a la salud y, recordar que las cargas administrativas no tienen la entidad para hacer nugatorio el goce efectivo del derecho, la Sala consideró que no se acompañan con lo dispuesto en el artículo 2 y en el inciso primero del artículo 49 de la Carta, elementos que restrinjan o amenacen la realización efectiva del derecho. No se garantiza el acceso al servicio de salud cuando se dispone que existe la posibilidad de oponer cargas administrativas a la prestación del mismo en materia de urgencias cuando no se trate de atención inicial, o se condicione a situaciones que deben ser determinadas por el Ministerio de Salud. Por ende, se declaró la inexequibilidad de las expresiones inicial y en aquellas circunstancias que determine el Ministro de Salud y Protección Social.

Y continúa expresando la Corte Constitucional que:

El concepto de urgencias exige una atención médica inmediata que tienda a disminuir los riesgos para la integridad o la vida, con lo cual, queda puesto de presente que cualquier barrera que se oponga a la prestación del servicio de salud, en situación de urgencias, compromete, de manera importante, derechos fundamentales y, por

ende, no se aviene con la preceptiva constitucional una medida que buscando amparar el goce del derecho en la situación denominada atención inicial de urgencias, da pie para negar la protección a otras posibilidades de urgencias que pueden acontecer.

En ese orden de ideas, la atención de urgencias está actualmente determinada como la modalidad de prestación de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017)<sup>14</sup>.

Aunado a lo anterior, en la Resolución 5596 el Ministerio de Salud y Protección Social (2015), ya había establecido los criterios técnicos para el Sistema de Selección y Clasificación de pacientes en los servicios de urgencias *triage*, para ser aplicado en forma obligatoria en Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. Así mismo, determinó que el triage en los servicios de urgencia es un sistema de selección y clasificación de pacientes, basado en sus necesidades terapéuticas y los recursos disponibles que consiste en una valoración clínica breve que determina la prioridad en que un paciente será atendido. El *triage*, como proceso dinámico que es, cambia tan rápidamente como lo puede hacer el estado clínico del paciente.

Es de resaltar que la resolución citada resalta que: “En ninguna circunstancia el ‘Triage’ podrá ser empleado como un mecanismo para la negación de la atención de urgencias.” (Resolución 5596, 2015).

Este contexto se trasmuta de la concepción de atención básica de urgencias, o del concepto de atención inicial de urgencias al de atención de urgencias como un concepto anclado en la salud como un todo, bajo el principio de la integralidad, de la continuidad y lógicamente de la vida digna y con calidad de quienes requieren tales servicios. Igualmente, se fortalecen los principios bioéticos de beneficencia y de no maleficencia consagrados como soportes estructurales de la práctica de las profesiones de la salud y del derecho fundamental a la salud en su dimensión de servicio público esencial.

14 El Ministerio de Salud y Protección Social actualizó integralmente el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la Unidad de Pago por Captación (UPC).

## ***Sistema de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Salud***

De acuerdo con la Ley 1122 de 2007 en su artículo 37 la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y control de las IPS al igual que de las EPS que brindan atención al usuario. Entonces, la Superintendencia de Salud tiene la facultad de sancionar administrativamente todas aquellas acciones que se apartan del comportamiento legal, bien sea por acción o por omisión. Además, la misma ley, en su artículo 40 señala las “funciones y facultades de la Superintendencia Nacional de Salud” y en el artículo 41 expone la “función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud” (Ley 1122, 2007, art. 40-41). En cumplimiento de estas funciones la Superintendencia Nacional de Salud impuso cuantiosas multas en el año 2008, que ascendieron a 7.793 millones, y entre los años 2009 y 2010 de 43.353 millones de pesos (Corte Constitucional, Sala Plena, C – 302, 2010).

Los anteriores hechos de corrupción, abuso o actuaciones irregulares en el sistema de salud tienen antecedentes históricos de larga data. Hoy han superado la capacidad y los mecanismos preventivos, sancionatorios y jurisdiccionales de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control en manos de la Superintendencia de Salud; lo cual justifica la adopción de medidas drásticas con el objeto de responsabilizar a los culpables de conductas fraudulentas e ilegales, así como fortalecer la atención a los usuarios, para con ello afinar los mecanismos de control y sanción que contribuyan a mejorar el funcionamiento del SGSSS.

Ante las fallas, debilidad e insuficiencia de los mecanismos de control en cabeza de la Superintendencia de Salud para velar por el derecho al acceso efectivo de la prestación de los servicios de salud y facilitar sus correctivos, el observatorio de salud por el “Derecho Fundamental a la Salud” creado por la Personería de la ciudad de Medellín en el año de 2009, presenta en un mapa conceptual las causas más comunes en que falla la función de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud:

El estado actual de la cuestión permite comprender opiniones como las de Molina (2009) que al referirse a la Superintendencia Nacional de Salud afirman que ésta fracasó como medio de control administrativo, ante conductas tales como el llamado “paseo de la muerte”. En igual sentido, y en razón del

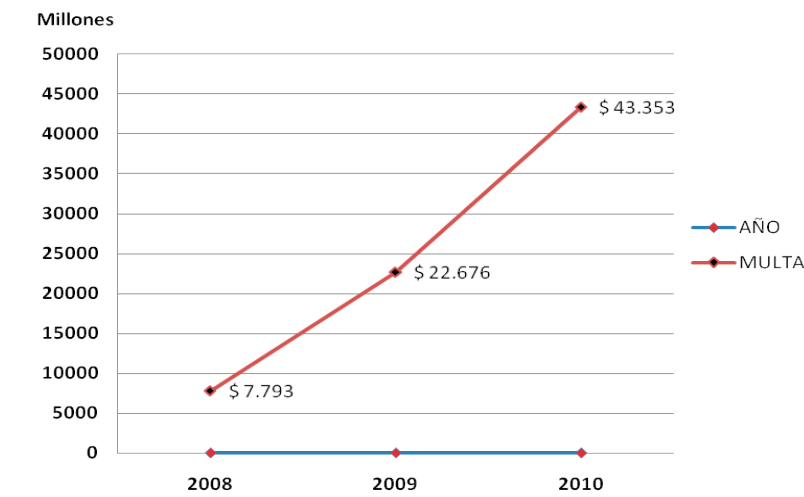


Figura 1. Sanciones de la Superintendencia Nacional de Salud 2008-2010.

**Fuente:** adaptada de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 302 del 28 de abril de 2010.

alto número de eventos de negación del auxilio de urgencias, la Procuraduría General de la Nación conceptuó que:

La insuficiencia de los mecanismos preventivos sancionatorios y jurisdiccionales de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector salud son necesarios para la protección eficaz del goce al derecho a la salud, (...) [por ello es necesario] dotar la Superintendencia de funciones jurisdiccionales y administrativas, así como de facultades que le permitan adoptar acciones preventivas, inmediatas y correctivas para la protección efectiva del usuario, la prestación del servicio de salud, el goce del derecho fundamental de la salud; prevenir y corregir conductas desarrolladas por servidores públicos y por particulares que administran recursos públicos y profesionales de la salud que no corresponden con los principios y normas que orientan la prestación del servicio público de salud (Sentencia C-302 de 2010, Sección 4.1.4, párr. 2-3).



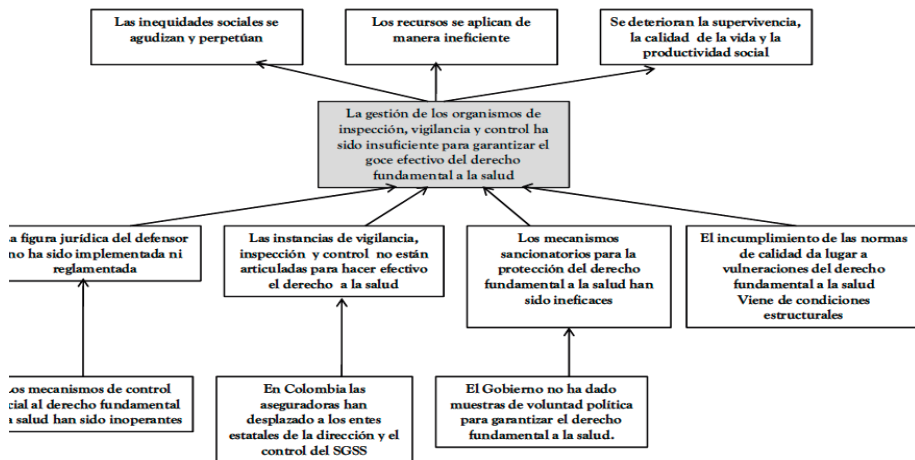


Figura 2. Problemática del derecho fundamental a la salud en Medellín. Fallas en la gestión de los organismos de inspección, vigilancia y control.

Fuente: Elaboración propia

Con todo ello, debe reconocerse que el derecho sancionatorio administrativo se ha agotado como medio de control respecto al comportamiento anti-jurídico del personal administrativo y asistencial del sector salud. Reflejo de esto, es el hecho de que ni las investigaciones ni las sanciones impuestas por la Superintendencia a EPS e IPS, han sido suficientes para poner punto final a la injusticia social causada por la corrupción de las personas que operan en Colombia el SGSSS.

Así las cosas, en el país se debe acudir al sistema penal como medio de tutela de la salud pública, la vida e integridad personal de la población afiliada, beneficiaria o vinculada al SGSSS. La proporcionalidad de esta intervención es necesaria y se merece para el caso denominado “paseo de la muerte”.

Al respecto, así se ha manifestado la Corte Constitucional de Colombia:

En materia penal esta posibilidad surge cuando el legislador considera que determinado bien jurídico está siendo lesionado por una

conducta que por su naturaleza amerita descripción susceptible de responsabilidad en la órbita del derecho penal, por lo cual establece sus elementos e imponen una punición que responde a parámetros de proporcionalidad y legalidad entre otros. Este razonamiento impera igualmente cuando la eventual sanción previstas en otras esferas de derecho no resulta suficiente para el legislador debido a la mayor lesividad de las consecuencias del hecho, al mayor reproche de la sociedad y/a la entidad misma del bien jurídico afectado (Sentencia C-302 de 2010, Sección de “Análisis integral”, párr. 10).

Aceptada la existencia del fenómeno de la negación de la atención de urgencias se justifica la necesidad de adoptar un nuevo tipo penal con un contenido específico y con ello, la propuesta por la vía punitiva de solucionar el problema social planteado. Por ello, el decreto 126 del 21 de enero de 2010 creó el delito de omisión en la atención básica de urgencias al igual que en su momento fuera propuesto por el proyecto de ley 212 de 2015 como omisión o denegación de urgencias en salud.

En dicho decreto la función preventiva del sistema penal se orienta a que el personal sanitario sea consciente de la importancia que posee el servicio básico de urgencias, y a por medio tanto de la norma de conducta como de la amenaza de pena, corrigieran y adecuaran su comportamiento a lo ordenado por el derecho. Es de aclarar, que a través del respeto del derecho se logran los fines últimos del derecho penal: la protección de los bienes jurídicos.

El Ministerio de Interior y Justicia con la pretensión de que la Corte Constitucional declarara exequible el decreto en referencia sustentó:

Con la finalidad de contrarrestar una realidad evidente para todos y que vulnera directamente el derecho fundamental de la salud como es el denominado paseo de la muerte que consiste en la negación del servicio inicial de atención de urgencias por algunas Entidades Promotoras y/o Prestadoras de Salud tanto públicas como privadas que por evadir un servicio que no les reporte ingresos inmediatos nieguen a la población más vulnerable el servicio de urgencias obligando al paciente y su familia a realizar un interminable e inclemente recorrido en clínicas, hospitales y centros de salud que en varias oca-

siones implica la muerte del paciente por su estado crítico de salud y que fue lo que origino su solicitud de servicio de urgencias negándosele sin mayor justificación (Sentencia C-302 de 2010, Sección de “Elementos técnico-jurídicos”, párr. 8).

De igual manera, antes de la declaratoria de inexequibilidad del decreto 126 de 2010 del Ministerio Protección Social y expresado en la Sentencia C-252 de 2010, ya existía la iniciativa legislativa 193 de 2009 con ponencia positiva por parte del Representante a la Cámara Carlos Enrique Soto Jaramillo, por medio de la cual se hace una adición a la ley 599 de 2000 (Código Penal colombiano), creando el tipo penal “denegación de salud”.

En suma, la protección al derecho a la salud implica la protección tanto en su prestación asistencial como en el abuso al usuario. No obstante, como se pudo establecer, el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control establecido en la Ley 1122 del 2007 no es suficiente para atender los requerimientos que plantea la problemática social derivada de la omisión de socorro, con lo cual se justifica crear medidas preventivas cuyo objeto es sancionar penalmente a quienes incurren en conductas ilegales, así como fortalecer la atención al usuario.

Por lo expuesto, podemos ver que la consagración de una modalidad agravada de omisión de socorro en el Código Penal, en la que se niega la atención de urgencia, busca un efecto preventivo general por medio del cual las personas que prestan los servicios de salud sean conscientes de la importancia de la atención de urgencias en condiciones de calidad, continuidad, oportunidad, pertinencia e inmediatez. Es de aclarar, que la norma de conducta contenida en cada descripción típica demarca el límite del comportamiento del profesional o personal de la salud y que cuando el actuar de estas personas sobrepasa las reglas jurídico-penales, estas deben asumir como profesionales y sujetos responsables, las consecuencias éticas y jurídicas.

## Conclusiones

- El fenómeno de la negación de los servicios de urgencia se puede explicar de una parte, por las consideraciones del derecho a la salud y de la propia atención de urgencias en su momento como servicios de

caridad, y de otra, al entramado morbi-céntrico del actual Sistema de Seguridad Social en Salud

- En muchas veces la incapacidad de las autoridades de inspección, vigilancia y control ha facilitado los eventos de negación de la atención de urgencias. Fenómeno que aún en la actualidad se presenta a pesar del reconocimiento de la Salud como un Derecho Fundamental.
- El “paseo de la muerte” debe desaparecer a la luz de los caros principios de Dignidad Humana, Pro Homine y del Estado Social de Derecho que orientan cada una de las dimensiones del Derecho Fundamental a la Salud; pero que, de continuar, se haría necesaria la propuesta en torno de la tipificación del delito: Omisión o denegación de la atención de urgencias en salud a manera de prevención o de sanción de tales nefastas conductas.

## Referencias bibliográficas

- Cardona, Á. (2002). *Fundamentos históricos de la seguridad social en Colombia*. Medellín: Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia.
- Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [*Ley 100 de 1993*]. DO: 41.148. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)
- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. [*Ley 599 de 2000*]. DO: 44.097. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- Congreso de Colombia. (09 de enero de 2007) Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [*Ley 1122 de 2007*]. DO: 46.506. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1122\\_2007.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html)
- Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de abril de 2010). *Sentencia C - 252*. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-252-10.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de abril de 2010). *Sentencia C - 302*. [MP Juan Carlos Henao Pérez]. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-302-10.htm>

- [corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-302-10.htm](http://corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-302-10.htm)  
Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2008). *Sentencia T-760*. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de mayo de 2014) *Sentencia C-313*. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (21 de enero de 2010) Nota de vigencia: Decreto inexecutable, *Sentencia C-302-10*: Por el cual se dictan disposiciones en materia de Inspección, Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones. [*Decreto 126 de 2010*]. DO: 47.599. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0126\\_2010.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0126_2010.html)
- Ministerio de Salud y Protección Social. (24 de diciembre de 2015) Por la cual se definen los criterios técnicos para el Sistema de Selección y Clasificación de pacientes en los servicios de urgencias “Triage”. [*Resolución 5596 de 2015*]. DO: 49739. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=70502>
- Díaz, E. (1998). *La Constitución de 1991 y los retos de la seguridad social en Colombia*. Bogotá: Universidad Gran Colombiana.
- Gañán E, J. L. (2013). *Los Muertos de la ley 100: Prevalencia de la Libertad Económica sobre el Derecho Fundamental de la Salud: una razón de su ineficacia. Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo*. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia. ISBN. 978-958-8790-47-3.
- Gaviria, A., y Palau, M. D. (2006). Evolución reciente del mercado laboral urbano y alternativas de política. *Coyuntura Social*(34), 27-44. Obtenido de <https://goo.gl/z1jn2T>
- Jaramillo, I. (1997). *El futuro de la salud en Colombia. La puesta en marcha de la ley 100*. Bogotá: Fescol.
- Molina, G. (2009). Rol de los partidos políticos en la provisión de servicios de salud, Colombia 2007-2008. *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*, 27(1), 66-75. Obtenido de <https://goo.gl/YsGa6e>
- Patiño, J. (2002). *Ley 100 de 1993: reforma y crisis de las salud, parte II: impacto de la reforma de la seguridad social en salud sobre la medicina como*

*profesión y como ciencia*. Bogotá: Academia Nacional de Medicina  
Presidente de la República de Colombia, (1994) *Decreto 1938 del 5 de agosto de 1994*. Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1755013>  
Profamilia. (2010). *Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2010*. Bogotá: Autor. Obtenido de <https://goo.gl/Ci1wLN>

# Los presupuestos procesales en los libros primero y segundo del código general del proceso<sup>1</sup>

Iván Alfonso Cordero Gutiérrez<sup>2</sup>

## Resumen

Los presupuestos procesales como determinantes de las actividades de los sujetos que intervienen en un procedimiento jurisdiccional, son los indicadores de gestión que garantizan el cumplimiento de la regla principio del debido proceso, constitucionalmente consagrada como un derecho fundamental y difundida en nuestro Código General del Proceso de forma dispersa. Esta situación hace necesaria su compilación en este escrito, pretendiendo de esta manera que la garantía sea entendida de una forma clara y pueda ser aplicada eficientemente por los sujetos procesales.

**Palabras clave:** presupuestos procesales, ley, debido proceso, garantía.

## The procedural budgets in the first and second books of the general process code

## Abstract

The procedural presuppositions as determinants of the activities of the subjects involved in a judicial procedure are the management indicators that guarantee compliance with the rule of due process, constitutionally enshrined as a fundamental right and disseminated in our General Code of Process of dispersed form. This situation made it necessary to compile it in this docu-

---

1 Producto de investigación del proyecto “Visión Panorámica del Código General del Proceso”, auspiciado por la Corporación Universitaria Americana Sede Medellín.

2 Abogado, magister en derecho procesal Universidad de Medellín, Docente investigador en materias Constitucionales y procesales de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: icordero@corunia-americana.edu.co

ment, thus pretending that the guarantee is understood in a clear way and can be efficiently applied by the procedural subjects.

**Key words:** procedural budgets, law, due process, guarantee.

## Introducción

Los presupuestos procesales son los indicadores de gestión que permiten a los sujetos procesales actuar dentro del procedimiento jurisdiccional y a su vez posibilitan o materializan la regla principio del debido proceso como un derecho fundamental en la Constitución. La necesidad de este escrito radica en que el Código general del proceso ha plasmado estos referidos presupuestos de forma dispersa, lo que genera una dificultad en su apreciación y aplicación por parte de los sujetos procesales. De acuerdo con esta realidad se hace necesario compilarlos en una serie lineal o determinada para su mejor comprensión y efectividad. Los trabajos compilatorios anteriores han dado cuenta del paralelo que existe con la legislación anterior pero no ha detallado de forma compendiada los artículos que consagran estas instituciones procesales. Para abordar este tema es necesario contextualizar los conceptos de presupuestos procesales mediante la formulación y aproximación a respuestas respecto a las siguientes preguntas:

- **¿Que son los presupuestos procesales?** Son aquellos que se crean como indicadores de control formal de todas las etapas del proceso. Son los límites necesarios que deben respetar los sujetos procesales dentro del decurso del proceso y sus procedimientos.
- **¿Cuál es su finalidad?** Son una garantía constitucional que se deriva directamente del debido proceso. Se entienden como una manera directa de controlar la actividad de las partes y del Juez. Los presupuestos procesales persiguen entonces, determinar sin equívocos la viabilidad de la pretensión para que pueda ser debidamente procesada y obtenerse la sentencia. Según Vescovi (citado por Quintero) “el Juez no solo estudia la razón o sin razón de las partes, el fondo ó el mérito del asunto, sino también el propio proceso” (Quintero y Prieto, 2008. p.401).



- **¿Cuál es el fundamento de estos presupuestos procesales?** Parafraseando a los Doctores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, estos requisitos o controles formales se establecen o soportan sobre estas dos premisas:

Que la decisión sea razonable: Esta premisa le exige al Juez que su decisión sea universalmente aceptable lo que implica que debe satisfacer con ella la lógica formal y el material y esto lo logrará con los criterios que le brinda la argumentación. Que se haya observado el procedimiento adecuado para obtener esa decisión: Esta premisa le exige a la pretensión un desenvolvimiento óptimo y validado a través de estos controles formales para que pueda ser objeto de una decisión final (Quintero y Prieto, 2008. p. 401).

- **¿Cómo se manifiestan o comportan dentro de los procedimientos?** Parafraseando a la Dra. Beatriz Quintero, 2000, estos se pueden concebir como un procedimiento paralelo para evitar los posibles sesgos que puedan generarse dentro de un procedimiento determinado. En este sentido es importante resaltar que no se tramitan en un procedimiento diferente al que se le aplican como si se tratara de un trámite incidental, sino que se aplican directamente a cualquier tipo de procedimiento como ejercicio garantista para delimitar las actuaciones de los sujetos procesales. Para Rosemberg, (citado por Quintero):

En cualquier proceso.... Debe distinguirse entre las cuestiones referidas a la admisibilidad del procedimiento y las que se contraen a su fundamentación. Si la inadmisibilidad puede declararse de oficio, se estructura un presupuesto procesal; si es necesario que la parte lo pida, se hablará de un impedimento procesal ó de una excepción (Quintero y Prieto, 2008. p.402)

## **Los presupuestos procesales en el código general del proceso**

Se presentará una explicación de cada presupuesto procesal y la forma en la cual se encuentran consagrados en el Código General del Proceso Ley 1564 de 2012, de la siguiente manera:

## Los presupuestos procesales que hacen referencia a la jurisdicción

La Jurisdicción es la función pública que se encarga del juzgamiento de los litigios que la población genera por causa de la *Alteridad Jurídica* existente entre ellos. Esta función al igual que las otras, se encuentra contenida en las constituciones de cada Estado pues se consideran como las actividades adecuadas para que este pueda cumplir con sus fines. La Jurisdicción como función específica del Estado es única e independiente, pero de acuerdo a las diversas formas de manifestación de los litigios a resolver se hace necesario que esta función se desconcentre en varios tipos de jurisdicciones de acuerdo a la materia normativa que regulen los referidos litigios.

Debido a esto, se generan divisiones por categorías tales como la Jurisdicción ordinaria y las Jurisdicciones Especiales. Como se puede observar en el Artículo 15 del Código General del Proceso (CGP) “corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción” (Congreso de la República, Ley 1564/2012). La Jurisdicción ordinaria por lo tanto se encargará de forma residual, según el Artículo 15 del mismo código, de “el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción” (Congreso de la República, Ley 1564/2012). En el Artículo 1 del CGP se consagra también este carácter residual de la jurisdicción en el evento en el que en cualquier otra Jurisdicción no exista una norma procesal especial que regule algún aspecto procesal dentro de ella.

En este evento debemos entender el carácter residual como una remisión o forma de llenar vacíos que en materia procesal puedan presentar las jurisdicciones especiales (La Penal Militar, Las Indígenas, Las de restitución de tierras, la especial para la Paz, entre otras).

La remisión y el carácter residual de la Jurisdicción ordinaria se puede observar en este aparte del Artículo 1 del CGP “Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes” (Congreso de la República, Ley 1564/2012). El Artículo 1 del CGP, también consagra la posibilidad de que autoridades Administrativas realicen funciones Juris-

diccionales (Servidores públicos de Entidades del Estado que realizan cobros coactivos, los superintendentes, los defensores y Comisarios de Familia, Los inspectores de Policía etc...), quienes se comportan entonces como equivalentes Jurisdiccionales, es decir, ejercen la función jurisdiccional sin pertenecer a la rama o, poder judicial y aunque no tienen la categoría de jueces, si ostentan sus poderes y facultades, en algunos eventos en igualdad de condiciones a los Jueces (Jueces Indígenas, Jueces de Paz, Jueces Penales Militares) y en otras, con limitaciones (Árbitros, Defensores de Familia, Comisarios de Familia, Superintendentes, Inspectores de Policía, entre otras), en el aparte que consagra que “a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales” (Congreso de la República, Ley 1564/2012).

De igual manera estas categorías principales se dividen en subcategorías de acuerdo a las materias que el derecho sustancial consagra presentándose entonces las Jurisdicciones Penal, Civil, Laboral, Administrativa. Esta subcategoría en materia Civil se evidencia en el texto del Artículo 15 del CGP al consagrar que “corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra especialidad jurisdiccional ordinaria” (Congreso de la República, Ley 1564/2012). De igual manera se consagra en este aparte del referido Artículo el carácter residual de la Jurisdicción Ordinaria Civil. Estas subcategorías pueden generar otras subcategorías propias de cada materia. En materia civil por ejemplo se crearán las subcategorías Civiles, de Familia, Agrarias, de acuerdo con lo consagrado en el Artículo 1 CGP “Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios” (Congreso de la República, Ley 1564/2012). La falta de jurisdicción se establece como una excepción previa según el artículo 100 # 1 y 101 #2 Inc. 3 del CGP. Así mismo se consagra como causal de nulidad en el artículo 133 #1 del CGP.

### **Los presupuestos procesales que hacen referencia a la competencia**

Toda función pública debe determinarse respecto a su ejercicio o funcionalidad, por ende, la jurisdicción no escapa a esta necesidad lógica de distribución del trabajo o de las actividades propias que deben ser desarrolladas dentro de esta. Se hace necesario, establecer un “manual de funciones”, para

que todos los involucrados tanto en la prestación del servicio jurisdiccional como los usuarios o benefactores del mismo, se sometan o adapten a ciertos lineamientos que organizan la prestación de esta función. Se entiende según Quintero y Prieto (2008) como “la delimitación del ejercicio de la jurisdicción” (p.272). También afirman que es un conjunto de “limitaciones cuantitativas de la jurisdicción...” (Quintero y Prieto, 2008. p.272).

La referencia normativa la encontramos en los Artículos 8, 13, 14, 15 Inc.3, del CGP.

- **El factor objetivo**, que se entiende como la competencia en razón a la materia o en razón al litigio o asunto a dirimirse. La referencia dentro de nuestro Código general del Proceso al respecto se encuentra en los Artículos 9, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del CGP. La competencia objetiva de las autoridades Administrativas que cumplen funciones Jurisdiccionales la encontramos en el Artículo 24 del CGP.
- **El factor según la cuantía.** Es posible que los litigios puedan ser estimados o cuantificados en unidades monetarias por lo que este factor entrará a determinar cuál es el Juez competente para recibir, procesar y fallar un asunto de acuerdo a su valor estimado. La cuantía también determinará el procedimiento a seguir pues de acuerdo al valor será o no necesario un debate más amplio en el tiempo para obtener la decisión y de acuerdo con esa valoración no será lo mismo resolver un asunto en menos tiempo cuando el asunto (litigio) sea realmente complejo. La cuantía también es un indicador que permite la fijación del número de instancias que pueda tenerse al momento de la impugnación de un fallo, pues el legislador puede considerar que un asunto de poca cuantía no amerita un estudio posterior por parte del superior jerárquico del Juez que profirió la decisión. La consagración normativa de este factor la encontramos en los Artículos 25 y 26 del CGP.
- **El factor subjetivo**, que se refiere a la especial cualidad que puedan tener las partes al momento de ejercer el derecho de acción y se identifica con la institución de los fueros. Si una de las partes se encuentra investido de algún fuero que lo diferencia de los demás sujetos de la población del Estado, esta condición será relevante para determinar ante

quién deba ser procesada su solicitud para poder prestarle la función jurisdiccional. Si las partes no se encuentran investidas de esta institución del fuero serán procesadas por la jurisdicción común u ordinaria. El referente normativo respecto a este factor lo encontramos en el Artículo 27, 215 y 216 del CGP.

- **El factor funcional**, que corresponde a la fijación de la competencia atendiendo al sistema jerarquizado dentro del organismo jurisdiccional. Se manifiesta de dos maneras:
  1. **Factor funcional por grado de conocimiento**, cuando estamos frente al trámite de un medio de impugnación en contra de una sentencia que genera instancia. Se distingue el Juez Ad quo o de primera instancia del Juez Ad quem o de segunda instancia. La consagración normativa de este factor se encuentra en los Artículos 30 # 3, 31, 32, 33, 34, 35, 320, 321 Inc. 1, 327, 328, 329, 330, 352 y 353 del CGP.
  2. **Factor funcional por etapa del proceso**, cuando estamos frente al trámite de un medio de impugnación en contra de un auto que genera instancia. La consagración normativa de este factor se encuentra en los Artículos 24 Parágrafo. 3, 31 # 3, 2 # 2, 33 # 3, 35, 40, 90, 133 #.7, 305, 314, 317 Lit. e, 320, 321 Inc. 2, 322, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 330, 352, y 353 del CGP.
- **El factor Territorial**, se refiere a la cercanía de la sede del Juez con los elementos del proceso (las partes, los hechos, los bienes y las pruebas) como un desarrollo del debido proceso y por una necesidad lógica y practica dentro del procedimiento. Dentro del factor territorial se habla de foros o lugares específicos en donde de acuerdo a condiciones determinadas o por simple conveniencia lógica o de economía procesal se establece la obligación de presentar o de iniciar el procesamiento de la petición. Los foros se presentan de la siguiente manera:
  1. **El Foro general o personal** y se entiende como el lugar en donde se encuentra el demandado y se aplica solo si la ley no determina otro en especial. La consagración normativa de este foro la podemos encontrar en los Artículos 28 #. 1, 2, 4, 5, 8, 9, 10, 12, 13 Lit.

b) y 29 Inc. 1 del CGP. El domicilio contractual se contrapone a este personal y podrá ser objeto de fijación de competencia si la ley así lo determina, en caso contrario prevalecerá el personal. Su consagración normativa la encontramos en el Artículo 28 # 3 del CGP. Existen excepciones a la regla general del domicilio del demandado y se refiere a los eventos en los que los menores de edad (Niños Niñas y Adolescentes) sean demandantes en donde el factor territorial por el foro personal se fijará en el domicilio del menor por su especial interés o protección que el estado les debe de acuerdo con lo establecido en la Constitución nacional en su Artículo 44. También se contempla como excepción a la regla general en los eventos de procedimientos que sean catalogados como de Jurisdicción voluntaria. La consagración normativa de estas excepciones se encuentra en el artículo 28 # 2 Inc. Primero parte final e Inc segundo, 9 y 13 Lit. a) y c) del CGP y es causal de nulidad absoluta su vulneración según el artículo 133 #8 del CGP.

2. **El foro real**, hace referencia a la cercanía que el objeto del litigio tenga al momento de ser inspeccionado. Si el objeto del litigio es un inmueble, por una razón lógica y de economía procesal, el Juez más próximo a dicho inmueble deberá ser quién asuma la carga de admitir, tramitar y resolver el litigio que sobre dicho bien se presenta. Su consagración normativa la encontramos en el Artículo 28 Num.7 del CGP.
3. **El foro instrumental**, se refiere a la mejor disponibilidad o facilidad para la producción de las pruebas. Se entiende entonces como el lugar en donde ocurrieron los hechos o el lugar de cumplimiento de la obligación. Su consagración normativa la encontramos en el Artículo 28 # 6, 11 y 14, 167 del CGP. El factor territorial se encuentra subordinado o en un grado menor de jerarquía al momento de aplicarse respecto a los factores objetivo y Cuantía de acuerdo con el Artículo 29 Inc. Segundo del CGP.

Cada uno de estos foros puede ser señalado por la ley como **Exclusivo**, en donde solo se permite demandar ante un determinado Juez. Su consagración normativa la podemos evidenciar en el Artículo 28 # 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10,

12, 14 del CGP y **Concurrente**, en donde se permite demandar ante diferentes jueces dependiendo de la materia, de la conveniencia del Estado y de su capacidad en cuanto a infraestructura. El **foro concurrente** se puede fijar **Por elección**, en donde se puede elegir entre varios jueces para presentar su pretensión. Su consagración normativa la podemos evidenciar en el Artículo 28 # 1, 3, 5, 6, 7, 11 del CGP y **Sucesivo**, en donde, así sean varios los jueces, la elección no es de la parte. Se entiende que es uno a falta del otro. En el código general del proceso no hay referencia normativa respecto a esta forma de fijación de foro. La falta de competencia se establece como una excepción previa según el artículo 100 # 1 y 101 #2 Inc. 3 del CGP. Así mismo se consagra como causal de nulidad en el artículo 133 #1 del CGP.

### **Los presupuestos procesales que hacen referencia a la capacidad para ser parte**

Este presupuesto procesal hace alusión directa a la capacidad de goce tal como lo hace el derecho sustancial civil en el libro de las personas. Parte de la premisa de la existencia de las personas ya sean naturales o jurídicas. Tiene naturaleza sustancial, pero con marcados efectos procesales. Su consagración normativa la podemos evidenciar en los artículos 2, 4, 17 #4, 7 y 9, 18 #7, 19 #2, 20 #4, 8,10, 21 #1, 3, 6, y 17, 22 # 6, 7, 24 #5 Lit. c, d, 27, 28 #2, 5, 13 Lit. a, b, 14, 37 Inc. Tercero, 47, 48 #1, 2, 6, 50 # 6, 11, parágrafo primero, tercero, 53, 54, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 107, 107, 108, 109,110, 114, 117, 118, 119, 123 # 1 e inc. final, 125 Inc. 2, 126 #1 y 3, 129, 133, 135, 136, 137, 141 # 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 13, 142, 143, 148 # 1 Lit. b y c, 2, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 158, 159 #1, 160, 161, 163, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 208, 210, 211, 216, 217, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 233, 235, 236, 237, 238, 241, 244, 245, 246, 249, 254, 260, 264, 266, 267, 268, 269, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278 #1, 281 Inc. 2 y 3, 285, 286, 287, 289, 290 #1, 291, 292, 293, 295, 296, 300, 301, 303, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 355 # 6, 7, 356, 357, 358, 363, 364, 365, y 367 del CGP. La inexistencia de la parte se establece como una excepción previa según el artículo 100 # 3, 6, 9, 10 y 11 del CGP.

## Los presupuestos procesales que hacen referencia a la capacidad para comparecer al proceso

Es conocida como capacidad procesal o legitimación para el proceso, se debe entender que es la capacidad de ejercicio a la que hace referencia el derecho sustancial, es decir, la forma en la que se presentan las partes, sea de forma directa o personal o de forma indirecta o representada. La representación como figura jurídica mediante la cual una persona actúa en nombre de otra por mandato directo de ella o por imposición de la ley. El incumplimiento de los requisitos sustanciales de estos representantes genera consecuencias o efectos de índole procesal que se traducen en una nulidad frente al proceso, comúnmente denominada indebida representación la cual se consagra como excepción previa según al artículo 100 #4 del CGP y como causal de nulidad. Este defecto no puede ser saneado por preclusión, pues solo se puede sanear cuando se cumple con los requisitos necesarios para que se pueda ejercer plenamente la representación. Parafraseando a (Quintero, B y Prieto, E, 2008, p. 421). Los efectos del incumplimiento de este presupuesto van más allá de la sentencia, ya que pueden ser alegados aún en la ejecución del fallo y se establece como una causal del recurso extraordinario de revisión.

La postulación para pedir, hace referencia a la necesaria comparecencia a cierto tipo de procesos en donde las partes deben estar representadas por un abogado. Su consagración normativa la podemos evidenciar en los artículos 73,74, 75, 76, 77, 78, 81, 86, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157 y 158 del CGP. La vulneración a este presupuesto puede ser alegada como excepción previa de acuerdo con el artículo 100 #4, 6 y 10, 101 #2 Inc. 6 del CGP y como causal de nulidad en el artículo 133 #4 del CGP. Las normas del Código general del Proceso que se refieren a este presupuesto procesal las podemos observar también en los artículos 21, 24, 44, 48, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 82, 84, 85, 86, 87, 90, 91, 95, 96, 98, 100 #4,6 y 10, 101 #2 Inc. 6, 107, 119, 123 # 1 e inc. Final, 125 Inc. 2, 126 #1 y 3, 129, 134 Inc. 5, 135 Inc. 1 y3, 141 # 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 142 Inc. 3, 143 Inc. 2, 146, 159 # 1, 2, 3, 160, 161, 193, 194, 195, 198 Inc. 3, 209 # 2, 210, 244 Inc. 3, 275 Inc. 2, 278 #1, 290 #1, 291 # 1, 2, 292, 300, 301 Inc. 2, 313, 314, 315, 317 Lit. h, 355 # 7, 9, 356 y 367 del CGP.



## **Los presupuestos procesales que se refieren a la demanda técnica o a la debida identificación de la pretensión**

La demanda es el instrumento o documento en el cual se plasma, contiene y ejerce la pretensión. Se considera como el primer acto de la parte demandante. Parafraseando a (Quintero. B y Prieto. E, 2008 p. 430), entendemos que se encuentra compuesta por una serie de ritos o formalidades reglamentadas en los diversos ordenamientos procesales de acuerdo con cada materia específica, los cuales deben ser cumplidos a cabalidad. Se entiende entonces que la demanda es un acto formal no solo porque contiene la pretensión, sino que como instrumento debe reunir cierto tipo de formalidades o requisitos para que produzca los efectos necesarios para que surta sus efectos. La identificación de la pretensión se refiere a la debida individualización de los sujetos activos y pasivos de la misma y a la no contradicción en la formulación de sus elementos causa pretendí, petitum y razón de ella. Esta especial solicitud respecto a la individualización de la pretensión hace también referencia a la claridad que debe tener el sujeto pasivo para que pueda ejercer de forma eficaz su derecho a la contradicción. Las ambigüedades en la formulación de la pretensión no solo afectarán el juicio de Juez sino la forma en la cual se debe preparar la defensa por parte del demandado. Según Quintero y Prieto (2008) “no hay proceso jurisdiccional, proceso propiamente tal, sin una pretensión que se formule de manera precisa” (p. 430). Su consagración normativa la podemos apreciar en los Artículos 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 100 # 1, 3, 4,5, 6, 9, 10 y 11, 101 # 2 Inc. 3 y 6, # 3, 102 del CGP.

## **Los presupuestos procesales que se refieren al trámite adecuado**

Este presupuesto procesal atiende a los lineamientos del formalismo en proceso jurisdiccional, entendiendo que este es oficial, público e imperativo, es decir no disponible por regla general. Cada pretensión incoada debe tramitarse por el procedimiento previamente establecido por la ley procesal. La falta a este presupuesto puede alegarse como excepción previa dentro de la etapa de inmaculación o de examen formal de inicio de un proceso. Al Juez le asiste la obligación de velar por la debida formalidad del proceso aplicando la figura o concepto del despacho saneador consagrado en el Artículo 132 del

CGP, por lo tanto, si es competente, puede adecuar el trámite de oficio para evitar una nulidad insubsanable en etapas posteriores, como lo estipula el Artículo 101 #2 Inc. 5 del CGP. Si el Juez advierte el defecto pasada la etapa de inmaculación (antes de decretar las pruebas), debe decretar la nulidad y, por lo tanto, devolver o retrotraer el proceso hasta la etapa en la cual se deba subsanar el error adecuando de oficio el trámite, esta obligación se consagra en el Artículo 133, 134, 135, 136, 137 y 138 del CGP. El trámite inadecuado es una norma de carácter eminentemente imperativo por lo que escapa al arbitrio de las partes, su aplicación. Parafraseando a Quintero y Pietro (2008), el trámite inadecuado no conduce a una sentencia inhibitoria sino a una errada, lo que se constituye en un error judicial. La consagración normativa la podemos encontrar en los Artículos 1 al 99, 100 # 7, 101 #2 Inc. 6, # 3, 102, 127, 128, 129, 130, 131, 139, 140, a 367 del CGP.

### **Los presupuestos procesales que se refieren a la no caducidad del plazo para presentar la pretensión**

Este presupuesto procesal se refiere al transcurso del tiempo sin que se ejerza el derecho de acción frente a una posible y determinada pretensión. La caducidad es un límite temporal establecido por la ley y se debe entender como que el derecho sustancial no puede ser ventilado en un proceso jurisdiccional, se extingue el derecho procesal de incoar la acción. La caducidad, con carácter eminentemente procesal, se interrumpe entonces con la presentación en tiempo de la debida pretensión, como la establecen los Artículos 94, 95, 154 Inc. 6 y 317 Lit. f) del CGP. Es de oficiosa declaración por parte del Juez y puede ser alegada por la parte resistente como excepción formal según los Artículos 282, 336 # 3 del CGP. Si el Juez observa su operancia dentro del análisis de la demanda, debe rechazarla. Su consagración normativa la encontramos en los Artículos 22 # 14, 23, 90, 278 # 3 del CGP. No se debe confundir con el fenómeno de la prescripción extintiva, la cual es de origen sustancial como desarrollo del derecho de propiedad dentro el Código civil. Sus efectos procesales se consagran en los Artículos 94, 95, 154 Inc. 6, 278 # 3, 317 Lit. f) y 363 Inc. Final del CGP. Esta figura no puede ser declarada de oficio por el Juez, pues es exclusiva de la parte resistente el alegarla como excepción de mérito obligando al Juez a resolverla en el fallo y declararla solo a petición de parte, según el Artículo 282 del CGP.

## Los presupuestos procesales necesarios para que se pueda emitir una sentencia de fondo

Son conocidos también como los *presupuestos materiales de la sentencia de fondo*. Estos presupuestos determinan la viabilidad de la pretensión desde un punto de vista sustancial con efectos procesales. Estos presupuestos materiales la doctrina los ha presentado de la siguiente manera:

- **La debida acumulación de pretensiones:** Este presupuesto material implica un proceso acumulativo cuando sirve para la solución de dos o más pretensiones, las cuales podrían haber sido tratadas en procesos independientes. La acumulación de estas pretensiones se justifica por razones de conveniencia y oportunidad derivada de las conexidades que existan entre ellas. La conveniencia se refiere a la economía ya que asumir diversos procesos suele ser más costoso que encaminar las pretensiones por uno solo. Su consagración normativa la apreciamos en los artículos 88, 90, 148 # 1 Lit. a), b) y c) y 351 del CGP.
  1. **La acumulación principal** permite acumular pretensiones que no sean contradictorias, según el artículo 88 #2 del CGP.
  2. **La acumulación sucesiva o consecuente** se presenta cuando se requiere que otra pretensión sea estimada previamente en la sentencia, para que sea está resuelta, pues solo en ese instante cobra vida. Esta pretensión entonces depende de la suerte de la principal. Es una presentación anticipada de una pretensión. Esta se presenta entonces como una excepción a la regla de interpretación que consagra que el derecho debatido debe existir en el momento en el que se instaura el proceso. La doctrina las ha denominado como pretensiones escalonadas, también se presentan en algunos eventos como consecuencias legales que se refieren directamente al objeto de la pretensión y se derivan del reconocimiento del derecho sustancial debatido en el proceso, las cuales no deben escapar del pronunciamiento del Juez así las partes no las hayan presentado. Así mismo se pueden presentar como reconocimiento de

prestaciones periódicas. Estas se consagran en el Artículo 88 Inc. 2 del CGP.

3. **La acumulación de pretensiones eventuales** se pueden presentar dos o más pretensiones con el fin de que sea estimada una de ellas en el evento de no ser acogida una u otra. Se propone una pretensión distinta en caso de que otra no sea estimada. No es necesario que una misma causa las ligue, pero si un hecho común. Si las pretensiones no presentan al menos conexidad respecto a un mismo hecho no podrían acumularse de esta manera, pues será necesario iniciar un proceso para cada pretensión. El Juez solo pasará a estudiar la pretensión eventual una vez haya desestimado la principal pues se interpreta que su principal solicitud es la primera que incoa. Si se estima la principal, las demás no serán tenidas en cuenta. Su consagración normativa se encuentra en el Artículo 88 Inc. 1 # 2 del CGP.
  
4. **La acumulación de pretensiones por reconvencción** se entiende como la pretensión contrapuesta por el demandado a la pretensión del demandante y se refiere a una que hace relación a un litigio diferente. Esta figura tiene un límite para su ejercicio en cuanto a la subjetividad pues solo se podrá reconvenir frente al demandante y no frente a los terceros. Respecto a la tutela concreta únicamente podrá presentarse en procedimientos declarativos. Frente a la materia no podrá presentarse en un proceso penal. También presenta un límite temporal para el demandado pues deberá presentarla dentro del término que tiene para contestar la demanda, según lo consagrado en el Artículo 371 del CGP. La consagración normativa de la reconvencción se encuentra consagrada en los Artículos 27 Inc. 2, 77 Inc. 3, 78 # 13, 101 # 4, 161 # 1, 287 Inc. 2, 314 Inc. 6, 325 Inc. 5, 371 y 372 del CGP.
  
5. **La acumulación de pretensiones generada por la conformación de un litisconsorcio Voluntario:** entendido como una multiplicación de las partes respecto a cada posición en el proceso, en donde operan pluralidad de pretensiones y de partes. Los actos de cada

uno de estos litisconsortes no aprovechan ni perjudican a los otros y cada pretensión es definida de forma independiente o autónoma en la sentencia, Pueden presentarse, decisiones diversas en la sentencia respecto a las pretensiones resueltas, lo único que las une es que se profieren en una sola sentencia, esta figura la podemos encontrar en los artículos 60, 94 Inc. 4, 192 Inc. 2, 203 Inc. 2, 372 Inc. 14 del CGP. La indebida acumulación de pretensiones es consagrada como una excepción previa en el Artículo 100 #5 del CGP y como causal de nulidad en al Artículo 133 # 8 del CGP.

### **Las excepciones *litis finitae***

Son aquellos medios exceptivos y a la vez presupuestos materiales necesarios para proferir una sentencia de fondo, que atacan la viabilidad de la pretensión por la imposibilidad de decidir sobre ella, pues ya fue resuelta en oportunidad anterior o su resolución no se puede hacer mediante una sentencia. Estas se consideran como excepciones mixtas, es decir que pueden ser alegadas como previas o como de fondo, pero deben ser estudiadas en la etapa de inmaculación del proceso. Se presentan de la siguiente manera:

1. **Los instrumentos que generan la cosa juzgada:** Uno de los efectos de la resolución de un conflicto es que este no será nuevamente debatido, pues esa instancia se agotó dentro de la aplicación y desarrollo del mecanismo adecuado para su solución, por ende, no es lógico volver a revivir esa instancia o conflicto y mucho menos ante la jurisdicción. El artículo 278 Inc. 2 #3 del CGP, advierte que ante la evidencia de este efecto se deberá terminar de forma anticipada total o parcialmente mediante una sentencia, lo que considero poco técnico pues deja entrever que solamente mediante una sentencia se puede decretar esta terminación incluso cuando sea por estimación de una excepción previa o mixta.

En el artículo 303 del CGP se consagra la figura de la cosa Juzgada, por tanto, se entenderá que existe cosa juzgada si se cumple con estos requisitos:

- Si el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto.
- Si el nuevo proceso se funda en la misma causa que el anterior
- Si entre ambos procesos hay identidad jurídica de partes, la cual es entendida cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

También explica a quienes se le extienden los efectos en el evento de haber sido emplazados como personas indeterminadas<sup>3</sup> para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento. Finaliza el referido artículo enfatizando que este efecto de cosa juzgada no se opone al recurso de revisión, dejando en claro que ante la evidencia de una de las causales que propician este medio de impugnación se debe entender como relativa, no finita o limitada por la protección al debido proceso.

En el artículo 304 del CGP, se consagran los eventos en los cuales no se considera que se produce el efecto de la cosa juzgada, generando una imprecisión conceptual, pues deja entrever que el conflicto no ha sido resuelto definitivamente. La claridad se debe hacer en el sentido de que existen eventos consagrados en el derecho sustancial en los que los conflictos generados no se solucionan de forma absoluta o definitiva pues su naturaleza es cambiante, por ejemplo los eventos de fijación de cuota alimentaria no serán siempre los mismos debido a la evolución natural de las situaciones de las personas beneficiadas u obligadas con esta decisión, pues tanto el alimentante como el alimentario podrá mutar sus necesidades o de acuerdo con su edad sus compromisos respecto a la sentencia proferida, que en todo caso deberá entenderse como cosa juzgada definitiva o absoluta de acuerdo a las condiciones específicas que le dieron origen, es por esta razón que nuestro ordenamiento procesal Civil no utiliza la técnica procesal al titular su artículo 304 como “sentencias que no constituyen cosa juzgada” (Congreso de la República, Ley

---

3 El autor de este artículo no comparte esta denominación de “Indeterminados” ya que se refiere a categorías no específicas que desdibujan las figuras jurídicas que se refieren a las personas y a sus diversas posiciones dentro de la relación entre acreedor y deudor.

1564/2012). Hecha esta aclaración, enlistaré las sentencias que solucionan los mencionados eventos en los que se debe entender que la cosa juzgada es absoluta para el momento específico del caso concreto resuelto, pero que en virtud de la naturaleza del derecho sustancial que se resuelve podrán ser modificadas mediante otra sentencia de acuerdo con el artículo 304 del CGP, así:

1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, salvo las que por su naturaleza no sean susceptibles de ser modificadas.
2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.
3. Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento (Congreso de la República, Ley 1564/2012).

Estos instrumentos son:

- **La sentencia:** Instrumento que genera este efecto por solucionar definitivamente el conflicto específico y se encuentra consagrada en los artículos 16, 27 Inc. 4, 30 #4, 31 #4, 32 # 3, 35 Inc. 1 y 3, 42 # 7, 50 # 1, 61 Inc. 2, 62 Inc. 1, 63 Inc. 3, 64, 66 Inc. 3, 67 Inc. 3, 68 Inc. 2, 71 Inc. 1, 77 Inc. 1, 80 Inc. 1, 88 #3 Inc. 2, 95 # 3, 98 Inc. 1 y 3, 99 #5, 107 # 1 Inc. 5, 6 Inc. 2, 120 Inc. 1 y 2, 121 Inc. 1 y 2129 Inc. 1 y 3, 133 #7, 134 Inc. 1, 2 y 5, 138, 141 #7, 142 Inc. 1, 150 Inc. 4, 159, 161 #1, 162 Inc. 2, 173 Inc. 3, 179 # 3 Inc. 4, 190 Inc. 1, 228 Inc. 3, 271 Inc. 2, 278 explícitamente #3, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 287, 291 #1 Inc. 2, 295, 303, 304, 306, 308 #1, 309 # 1 y 2, 310, 312 Inc. 1 y 3, 314 Inc. 1 y 2, 316 #3, 317 #2 Lit. b), 321, 322 #3 Inc. 2, 3 y Parágrafo, 323 #1 y 3, 324, 327, 328, 330, 334, 336 #3,4 y5, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 344, 348, 349, 350, 351, 355, 356, 357, 358, 359, 365 #2 y 4, 366 #2 y 6, 371, 372#8, 9 y Parágrafo.
- **El acuerdo conciliatorio:** Al resolver el conflicto este instrumento genera cosa juzgada por lo que la pretensión incoada no debe seguir pues se torna inviable. La corte Constitucional en su sentencia C – 902 de 2008 así lo aclara:

La conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma es-

pecial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada. En algunos casos, tal conciliación opera como requisito de procedibilidad.

Su consagración se encuentra en los artículos 90 #7, 306 Inc. 4, 372 #1 Inc. 2, 2 Inc. 3, 6 del CGP.

- **La transacción:** Instrumento que contiene la resolución de un conflicto de derecho sustancial disponible específico, por acuerdo de voluntades entre las partes que lo componen y que por ende genera efectos de cosa juzgada. Su consagración en el estatuto procesal la encontramos en los artículos 46 #4 Lit. b), 278 # 3, 306 Inc. 4, 312, 313, 365 # 9 y 402 del CGP.
- **El laudo arbitral:** Instrumento preferido por árbitros fruto de un acuerdo entre las partes que genera cosa juzgada sobre materias sustanciales disponibles. Su consagración normativa la encontramos en los artículos 30 # 5 y 7, 31 # 5, 179 Inc. final, 306 Inc. final, y 605 del CGP.
- **El desistimiento de la pretensión:** Se presenta cuando el demandante renuncia a su petición, por lo que el efecto de esta actuación se traduce en una imposibilidad de continuar con el procedimiento ya que la pretensión es el acto procesal más importante dentro del procedimiento pues además de generarlo, lo sostiene y concluye al generar las limitaciones propias de la congruencia para las partes y para el Juez. Por ende, ante la ocurrencia de este hecho el procedimiento deberá terminarse. Según el artículo 314 del CGP el desistimiento de la pretensión generará efectos de cosa juzgada respecto a las estimaciones favorables de las pretensiones que se podrían haber generado en la sentencia y lo explica de esa manera en su inciso 2 consagrando que:

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia. (Congreso de la República, Ley 1564/2012).



Normativamente la encontramos en los artículos 46 #4 Lit. b), 95 #1 y 6, 314, 315, 316 # 3, 317, 365 # 9 del CGP

### **La *Litis Pendiente***

El derecho sustancial en ocasiones necesita de dos pretensiones para que sea efectivizado por lo que la primera se refiere a la definición como tal y la segunda a su efectividad o ejecución, por tanto, nunca podrá haber dos procesos de conocimiento o de ejecución sobre la misma pretensión. Si se adelantan dos procedimientos iguales sobre una misma pretensión, estructurada en los dos de idéntica forma, el procedimiento que inició después del primero debe desaparecer, pues en este se debe alegar la excepción de *Litis pendentiae*, ya que al demandante le queda imposible alegarla, porque “nadie puede alegar su propia torpeza”. Su consagración la encontramos en los artículos 95 #2, 100 # 8, 141 # 6 y 14 del CGP.

### **La Prejudicialidad**

Se presenta cuando en un proceso la pretensión a decidirse dependa de la decisión de otra pretensión en diferente proceso. Se debe presentar entonces alguna conexidad entre los supuestos de hecho, de derecho o en los fundamentos sustanciales que conforman el *petitum* entre las dos pretensiones independientes. No se puede entonces dictar sentencia en un proceso pues hace falta esperar el resultado en otro que afectaría seriamente la decisión en aquél. Es un límite temporal para tomar una decisión en determinado proceso. Su consagración normativa la encontramos en los artículos 95 # 3, 161, 162, 163 del CGP.

### **El allanamiento a la pretensión**

Como acto unilateral, el allanamiento reviste características similares al desistimiento en el sentido de renuncia a las pretensiones del demandado, denominadas comúnmente como las excepciones. Una vez se presente dentro del procedimiento el Juez deberá dictar sentencia total o parcial dependiendo

si el allanamiento se hizo respecto al total o no de las pretensiones. Se encuentra regulado en los artículos 46 #4 Lit. b), 77 Inc. 4, 98, 99 y 565 del CGP.

## **El Pacto arbitral**

Entendido este como una derogación o exclusión de la jurisdicción promovido por las partes, siempre que el asunto verse sobre derecho sustancial disponible y la ley lo permita. No debe confundirse con la cosa juzgada, pues se entiende este como una forma pactada de solución de presentes o futuros conflictos entre las partes producto de una relación jurídica. La pretensión incoada en un procedimiento no debe ser viable pues las partes han acordado que la jurisdicción no va a intervenir en la resolución del conflicto. Se encuentra consagrado en el Artículo 90 Parágrafo 1 del CGP y se entiende por nuestro legislador que deberá ser alegada por como excepción previa únicamente, lo que no permite al Juez su declaratoria de oficio ni tampoco como una nulidad. Su existencia dentro de la pretensión no es derrotero para que la demanda sea rechazada o inadmitida, vulnerando a mi juicio con esta actitud de nuestro legislador procesal la autonomía de la voluntad de las partes respecto a las materias eminentemente disponibles y siendo poco consecuente con la regla de interpretación de la economía procesal y la regla de interpretación que aduce que *“las cosas en derecho se deshacen como se hacen”*.

## **Los presupuestos procesales que hacen relación a la legitimación en la causa**

Estos hacen referencia a la titularidad del derecho sustancial debatido en litigio, es decir quién detenta esta titularidad es quién se encuentra legitimado para presentar una pretensión o para resistirla. Por ende, se puede hablar de legitimación por activa o por pasiva dentro de un Proceso.

## **El Litisconsorcio obligatorio o necesario**

Es un caso de legitimación, ya que es indispensable para la pretensión, vincular a todos los sujetos que puedan resultar afectados con la decisión frente

al derecho sustancial debatido. No puede el Juez decidir de fondo sin la vinculación de todos los llamados necesariamente a pretender o a resistir el derecho sustancial que se debate dentro del proceso. Para este tipo de litisconsortes se reclama una unidad o integración, por eso toda actuación aprovecha o perjudica a todos por igual. Para la disposición del objeto litigioso se debe contar con la unanimidad de todos los titulares de ese derecho sustancial unido por el litisconsorcio. Su consagración normativa la encontramos en los Artículos 42 # 5, 61, 90 Inc. 1 y #6, 99 # 6, 100 # 9, 101 Inc. 2, 192 Inc. 1 y 372 Inc. 14 del CGP.

### Las legitimaciones extraordinarias

Se refieren a entidades jurídicas sujetos de derechos y de obligaciones que pueden ser llamadas a comparecer en un proceso y son:

- **Los patrimonios autónomos.** Se entienden como masas de bienes cuyo titular por circunstancias específicas desaparece de la vida jurídica o su administración respecto a esos bienes se limitará, por lo que debe comparecer mediante un representante que pide por él no como su titular ya sea atacando o defendiendo. Se conocen como patrimonios autónomos, la Sucesión, La herencia yacente, la masa de bienes del ausente, la masa de bienes del que está por nacer, la del concursado, los bienes secuestrados, la sociedad conyugal disuelta e ilíquida y la comunidad singular que dirige un administrador y la fiducia mercantil. Su consagración procesal la encontramos en los Artículos 53 #2, 54 Inc. 3, 82 # 2, 85 Inc. 2 y # 3, 96 #1 del CGP.
- **El litisconsorcio Cuasi necesario,** se presenta como un caso de intervención de terceros ya que pueden existir sujetos que no son considerados litisconsortes necesarios por no ser los titulares de los derechos sustanciales debatidos en el procedimiento, pero se hace ineludible su vinculación al mismo, ya sea de forma forzosa o voluntaria pues el efecto de la sentencia afectará sus derechos sustanciales, aunque no sean debatidos aún. Su consagración la encontramos en el Artículo 62 del CGP.

- **La sustitución procesal** consiste en la autorización legal que la ley le otorga a una persona para que ejercite derechos sustanciales de otra. Es el ejercicio de un derecho sustancial por otra persona que no es su titular. La pretensión del sustituto es propia, aunque se soporta en el ejercicio de un derecho sustancial ajeno. Su consagración la encontramos en el Artículo 68 Inc. 3 parte final del CGP.
- **Las acciones populares**, se ejercen para proteger la vulneración a intereses o derechos colectivos en donde la titularidad es difusa, es decir pertenece a toda la población, pero su defensa se legitima en cada uno de ellos en cualquier momento ya que su interés es la defensa del derecho colectivo o común. Se encuentran consagradas en la Constitución Nacional Artículo 88. La falta de legitimación en la causa se consagra como excepción previa en el Artículo 100 # 3, 6, 9, 10, 11 del CGP. También se consagra como causal de nulidad en el Artículo 133 # 4, 134 Inc. 5 del CGP.

### **Los presupuestos procesales relacionados con el interés para obrar**

Se refieren al interés, causa o motivo subjetivo que tiene la parte demandante para ejercer su derecho de acción, que se debe diferenciar de si es titular o no del derecho sustancial. La titularidad respecto a un determinado derecho sustancial, faculta a su dueño a velar por su protección dependiendo de los límites que el mismo derecho contiene y de la intención o interés que su dueño pretenda hacer respetar frente a una vulneración. Es mi decisión si además de defender un ataque respecto a mi derecho pretender una indemnización por tal afrenta. Este interés debe ser actual, es decir, realmente se debe justificar el ejercicio de acción para la defensa de ese derecho sustancial. Por esta razón la excepción de petición antes de tiempo se refiere a este presupuesto procesal. Si se lleva a fallo un proceso con este defecto estaríamos frente una decisión inhibitoria ya que el fondo del asunto a decidir no ha nacido siquiera a la vida jurídica. La Dra. Beatriz Quintero cita al código Italiano de procedimiento Civil el cuál al respecto establece que “*Para proponer una demanda o para contradecirla es necesario tener interés en ello*” (Quintero, B y Prieto, E, 2006. p. 477). Su consagración la encontramos en los Artículos 24 Lit. e), 45, 48 # 6, 54 Inc. 4, 55, 57 Inc. 4, 78 #2, 80, 88 # 3 Inc. 3, 141, 198 Inc. 3, 211, 235 Parágrafo, 335, 338, 339, y 342 Inc. 4, 365 #6. Del CGP.

## Los presupuestos procesales inherentes a la bilateralidad de la audiencia

Que son aquellos concernientes a las notificaciones a los sujetos procesales y al derecho de contradicción de las partes. Siguiendo la regla de interpretación que establece que “El Juez no puede resolver una pretensión, si aquel en contra de quién ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oído en el proceso” (Quintero y Pietro, 2006, p.406). También se puede decir de ellos que son los requisitos exigidos para proteger las reglas de interpretación de la contradicción o el derecho de defensa, la del acceso a la justicia, la de la tutela judicial efectiva, la de la igualdad de las partes, la realización del procedimiento de forma oral y escrita y por audiencias, la de las actuaciones concentradas y con la debida intermediación del Juez, la de la legalidad, las que se refieren al impulso procesal, las que se refieren a las instancias y los medios de impugnación, las que relacionan las formas de contradicción de las pruebas allegadas dentro del procedimiento, Se encuentran normativamente insertos en los Artículos 2 a 9, 13, 14, 37, 42 #5, 48, 55, 56, 57, 60, 61, 66, 67, 76, 77, 78 #5, 6 y 14, 82 #10 y Parágrafo 1, 87, 90 #7 Inc. 3, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 100 # 11, 114 # 4, 118, 119, 121, 123, 133, 134, 135, 137, 148, 149, 159, 160, 167 Inc. 3, 170 Inc. 2, 171 Inc. 1, 173 Inc. 3, 174 Inc. 1, 183, 185, 189, 198, 200, 204, 223, 228, 231, 234, 279, 283, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 305, 306, 308, 309 # 7, 317, 318 a 360, 362, 366 del CGP.

## Conclusiones

Se evidenció que no es posible alegar la falta de consagración de los presupuestos procesales en la parte general del Código general del proceso.

Los presupuestos procesales como garantes del debido proceso se convierten en los indicadores de gestión por excelencia de la jurisdicción, en ese sentido, esta investigación evidenció que los mismos se encuentran incluidos dentro de la parte general del Código general del proceso de manera poco ordenada, generando dificultad al momento de aplicarlos por los operadores jurídicos, abogados y usuarios de la función.

Esa forma poco sistémica y dispersa de los legisladores al compilar en este código los presupuestos procesales, genera confusiones al momento de la aplicación de los presupuestos procesales.

La intención de desarrollar la regla principio del debido proceso puede verse afectada por la forma dispersa en la que se presentan los presupuestos procesales en la parte general del Código general del proceso.

### Referencias bibliográficas

- Congreso de la República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso - *Ley 1564 de 2012*. Bogotá D.C. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C - 902 de 2008*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-902-08.htm>
- Quintero, B y Prieto, E. (2006). *Teoría General del derecho Procesal*. Bogotá, Colombia: Temis

# Responsabilidad estatal en Colombia

Elkin Centeno Cardona<sup>1</sup>

## Resumen

En este capítulo se pretende hacer un repaso por los antecedentes que llevaron hasta el reconocimiento pleno de la responsabilidad estatal en la Constitución colombiana y otros instrumentos legales que la respaldan. Así mismo, se abordarán los fundamentos que caracterizan esta teoría propia de las sociedades modernas, en la que se garantiza el estado social de derecho de los individuos. También se definirá el concepto de daño antijurídico y las diferentes maneras en que la responsabilidad puede ser tomada en cuenta, dependiendo de la actuación directa o indirecta de los funcionarios públicos adscritos a las dependencias de la administración pública.

**Palabras clave:** acción de reparación directa, daño antijurídico, falla del servicio, responsabilidad Estatal, responsabilidad directa, teoría de la culpa.

## State responsibility in Colombia

### Abstract

In this presentation, it is intended to review the background that led to the full recognition of the state's responsibility in the Colombian Constitution and other legal instruments that support it. Likewise, the foundations that characterize this theory of modern societies, in which the social status of rights of individuals is guaranteed, will be addressed. It will also define the concept of unlawful damage and the different ways in which the responsibility can be taken into account, depending on the direct or indirect action of public officials attached to public administration units.

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Probatorio Penal, Derecho Penal y Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín. Magister en Derecho Penal.

**Key words:** direct reparation action, unlawful damage, service failure, state responsibility, direct liability, fault theory.

## Introducción

La responsabilidad del Estado constituye una premisa central del sistema de derecho internacional público, la cual abarca una variedad de asuntos. Por un lado, define las circunstancias en las que se considerará que un Estado ha incumplido sus obligaciones adquiridas, así como el catálogo limitado de justificaciones y defensas con las que puede contar para evitar la responsabilidad por un acto ilícito. Por otra parte, se trata de la forma en que se implementa la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación internacional; en particular, los medios a través de los cuales puede implementarse la responsabilidad mediante la adopción de contramedidas.

En otras palabras, consiste en la obligación que tiene un Estado de solventar los daños ocasionados por la actuación ilícita de sus órganos. Esto se debe a que las instituciones oficiales, en el cumplimiento de sus tareas, pueden ocasionar algún perjuicio a los ciudadanos, ya sea en su patrimonio o en sus derechos no patrimoniales. Ante tales situaciones, nace la necesidad de que el Estado responda ante dichos perjuicios.

La responsabilidad del Estado trae subyacentes los conceptos de atribución, violación, excusas y consecuencias, que muestran un carácter general. Existen tratados o reglas individuales que los pueden hacer variar; sin embargo, deben ser aplicados a menos que estén excluidos. Sobre estos supuestos existen y se aplican las obligaciones específicas de los órganos del Estado.

El tema de la responsabilidad estatal suele estar regulado en cada nación dependiendo de sus recursos jurisprudenciales. En el caso colombiano, específicamente, adquirió un carácter constitucional luego de la promulgación de la Constitución Política de 1991. Durante el proceso independentista, existió una época caracterizada por la total irresponsabilidad del Estado. No obstante, desde finales del siglo XIX surgieron algunos instrumentos emanados por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia que habían reconocido la responsabilidad que recae en el Estado con respecto a la reposición de los



daños que haya cometido alguno de sus funcionarios mientras cumplen sus funciones.

## **La naturaleza de la responsabilidad del Estado**

La responsabilidad estatal se basa en tres elementos básicos: a) la existencia de una obligación jurídica, b) la ocurrencia de un hecho ilícito o la omisión de un acto en violación de tal obligación, que es imputable al Estado; y c) la pérdida o el daño ha sido el resultado de un acto u omisión ilícitos. Esta responsabilidad es el corolario necesario de los derechos, los cuales implican una responsabilidad (Consejo de Estado Sección Tercera, 2014, exp. 28641).

Toda violación de cualquier obligación sin importar el origen o carácter da lugar a la responsabilidad del Estado y, en consecuencia, al deber de reparación. Esto significa que la reparación es el complemento indispensable de que un Estado no aplique ninguna de sus obligaciones. La responsabilidad solo surge cuando el acto u omisión que constituye un incumplimiento de la obligación legal es imputable a un Estado, y puede estar basado en el concepto de “falta” o “sin culpa”.

La cuestión de la responsabilidad penal del Estado ha sido muy controvertida. Con respecto a la imputabilidad, vale mencionar que un Estado es responsable solo de sus propios actos u omisiones. Esto implica toda conducta ilícita cometida por las instituciones del poder ejecutivo, la legislatura y el poder judicial, e incluye tanto a las autoridades centrales como a las autoridades locales.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, un Estado es responsable de las conductas de cualquiera de sus órganos. Esta regla establecida reitera que se toma en cuenta el comportamiento de los órganos estatales (incluida toda persona o entidad) que tenga esa condición en virtud del derecho interno, sin importar la rama del Poder Público a la que pertenece, ni el carácter de sus funciones (Corte Constitucional, 2011, C-644).

Tomando en cuenta lo anterior, queda claro que la conducta de un órgano de una entidad territorial gubernamental dentro de un Estado también se

considerará como un acto de ese Estado. Asimismo, ocurre con la conducta de un órgano de una entidad que no sea parte de la estructura formal del Estado o la entidad gubernamental territorial, pero que esté facultada por la ley interna de ese estado para ejercer elementos de autoridades gubernamentales.

Por otra parte, también se establece que un Estado es responsable de los actos de sus funcionarios si esos actos son imputables a este. No obstante, dicha regla depende del vínculo que existe entre el Estado y la persona o personas que cometieron el acto u omisión ilícitos. El Estado como entidad moral actúa a través de funcionarios autorizados, pero no será responsable por todos los actos de sus funcionarios; solo de los actos de sus funcionarios que le son imputables. La imputabilidad es una noción legal que asimila los actos u omisiones de los funcionarios estatales al propio Estado y que lo hace responsable de los daños y perjuicios sufridos por las personas o propiedades resultantes de tales actos.

El concepto de imputabilidad, a pesar de esto, crea problemas cuando los funcionarios exceden o desobedecen sus instrucciones. Como la evasión de responsabilidad por un Estado en tal caso será injusta, se establece que será responsable de los actos de sus funcionarios, incluso cuando exceden o desobedecen sus instrucciones, si esos funcionarios actúan con aparente autoridad o si están abusando de poderes o instalaciones puestas a su disposición por el Estado.

Con respecto a los actos ilícitos cometidos por particulares, en principio, un Estado no es responsable de tales actos. No obstante, está establecido que un Estado es responsable de los actos de personas privadas si esas personas actúan en su nombre, bajo sus instrucciones, bajo su control, o ejerciendo elementos de autoridad gubernamental en la ausencia de funcionarios gubernamentales y bajo circunstancias que los justifiquen al asumir tal autoridad. También se responsabiliza de los actos de personas privadas cuando dichos actos van acompañados de algún acto u omisión por parte del Estado, del que es responsable.

Como fundamentos de la responsabilidad del Estado, se utilizan dos teorías: la teoría del riesgo y la teoría de la culpa. La teoría del riesgo se basa en el principio de responsabilidad objetiva que sostiene que la responsabilidad del Estado es estricta, por lo que una vez que un funcionario u órgano estatal

ha cometido un acto ilícito que causa un daño, ese Estado será responsable en virtud del derecho lesionado, independientemente de su intención. En cambio, la teoría de la culpa se basa en el principio de la responsabilidad subjetiva que exige el establecimiento de un elemento de intención, falta o negligencia por parte del funcionario u órgano estatal antes de responsabilizar al Estado por cualquier daño (Rodríguez, 2002).

### **Antecedentes y origen de la responsabilidad estatal en Colombia**

La responsabilidad estatal en Colombia tiene origen jurisprudencial en las ideas conservadoras que se manifestaban a finales del siglo XIX, luego de que durante el periodo posterior de la independencia se observó una alta irresponsabilidad. No existía una disposición constitucional que contemplara explícitamente la obligación reparatoria del Estado; ya que esto se manejaba con un criterio jurisprudencial que fue avanzando de manera progresiva.

Hubo un periodo caracterizado por la irresponsabilidad absoluta del Estado, el cual se desarrolló hasta la segunda mitad del siglo XIX. Durante los años anteriores, los órganos estatales no respondían por aquellos daños que resultaran de sus funciones, porque esto era catalogado como una contrariedad al concepto de soberanía. En otras palabras, en esa época imperaba la idea de que el soberano disponía de los bienes de los ciudadanos y no tenía por qué asumir ninguna responsabilidad, tampoco se gozaban de derechos privados que fueran en contra del poder del Estado.

El 22 de octubre de 1896, la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia que se podría considerar como el primer paso para definir la responsabilidad del Estado colombiano. Este dictamen señalaba que los defectos de un sistema de gobierno no son excusa para el incumplimiento de las garantías ciudadanas, ya que estos derechos no deben ser vulnerados por los mismos funcionarios encargados de hacerlos respetar. En caso de que ello ocurra, la Nación se verá obligada a resarcir los daños producidos por sus agentes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, G.J.T.XI. No. 535, p. 353).

La sentencia mencionada asienta unas bases, sobre todo cuando define que todas las naciones deben proteger a sus habitantes y, a pesar de que un Estado no está sujeto a responsabilidad penal por ser una persona jurídica, sí tienen

la responsabilidad de efectuar las reparaciones necesarias a los daños causados por un delito atribuible a sus funcionarios públicos. Sin duda, este hecho marcó el inicio del reconocimiento de la responsabilidad estatal, ya que equiparó tal responsabilidad con aquella que deben ejercer las personas jurídicas, de acuerdo con las disposiciones consagradas en el Código Civil y la Corte Suprema de Justicia.

Tales afirmaciones coinciden con los principios universales del Derecho Internacional que se predicán en la actualidad, en los que las naciones civilizadas están obligadas a cumplir unas funciones basadas en los criterios de moral y justicia (Álvarez, 1998, pp.156-158).

Siguiendo en esa misma línea, durante las primeras décadas del siglo XX se comenzó a hablar más claramente del concepto de responsabilidad del Estado, tomando en cuenta las normas establecidas en el Código Civil, en cuyos postulados se definió el estado social de derecho y el intervencionismo del Estado.

Tomando como base los postulados del Derecho Privado sobre el alcance a la responsabilidad, se distinguen varias clases de responsabilidades. De manera particular, cuando el Estado tiene la responsabilidad, se producen varias tesis a partir de la teoría de paralelaje referente a las normas planteadas en las interrelaciones particulares, frente a la inserción estatal como uno de los participantes de esa interacción. Es así como se produjeron dos tesis principales en lo referente a la responsabilidad del Estado: responsabilidad indirecta y responsabilidad directa.

No fue sino hasta la redacción de la Constitución Política de 1991 cuando la responsabilidad estatal adquirió un carácter constitucional. Hasta antes de esta fecha, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que definiera de forma expresa la responsabilidad patrimonial del Estado.

## **Fundamentos de la responsabilidad estatal**

Las actividades que realiza el Estado a través de todas las instituciones pertenecientes a los órganos del poder público y demás dependencias estatales están sujetas a producir alguna responsabilidad, debido a que los funcionarios

públicos encargados de cumplir sus funciones pueden originar daños y perjuicios a los ciudadanos que administra, por lo cual tienen la obligación de repararlos de una forma efectiva.

Se pueden identificar tres teorías referentes a la responsabilidad estatal: la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla de servicio. Cada una tiene unas características y un alcance diferenciado, como se explica a continuación:

1. **Teoría de responsabilidad indirecta del Estado:** se desarrolla bajo un principio de legalidad puesto en práctica desde la Revolución Francesa (Pinzón, 2017). Dicho principio, el Estado —junto con los órganos y funcionarios que lo integran— están sujetos al derecho, como una manera de ajustarse a la directriz que le otorga poder y autoridad. Esto significa que el Estado, sin importar su autoridad, tendrá la misma responsabilidad que los ciudadanos comunes y aquellas personas jurídicas. A partir de tal postulado, el Estado se asemejó a un patrón con la responsabilidad de seleccionar, elegir y vigilar a sus funcionarios. Por lo tanto, tendrá que asumir la responsabilidad por la mala elección o la falta de vigilancia sobre sus dependientes, lo que se conoce con los conceptos de la culpa *in eligiendo* y culpa *in vigilando*.
2. **Teoría de responsabilidad directa del Estado:** en esta fase se avanza hasta comenzar a considerar como una persona jurídica total al Estado, sus instituciones y funcionarios (Rodríguez, 2002). En vista de ello, la actuación de un agente compromete a dicha persona jurídica, pues la culpa de un funcionario público se convierte en culpa del Estado. La revisión de la teoría de la irresponsabilidad del Estado se debe a que este deja de ser pasivo y abstencionista para transformarse en intervencionista
3. **Teoría de culpa o la falla del servicio:** esta teoría se fundamenta en que el Estado tienen la obligación de brindar servicios públicos a las personas con la finalidad de satisfacer sus necesidades básicas Rodríguez (2002). Bajo esta premisa, la prestación de un servicio deficiente o irregular tiene que ser subsanado por la institución estatal competente para ello. Aquí no tendrá relevancia si ocurrió o no alguna culpa del funcionario, pues solo se toma en cuenta la falla en el servicio estatal.

La responsabilidad del Estado en el sistema jurídico colombiano se fundamenta en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Rodríguez, 2002). Dicha responsabilidad debe ser asumida en tres posibles escenarios, a saber:

- Cuando ocurre un daño antijurídico o lesión. Esto significa que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar un perjuicio sufrido en su patrimonio o en alguno de sus derechos individuales.
- En el caso de una acción u omisión imputable al Estado. Se manifiesta cuando la administración pública no cumple las obligaciones que les corresponden en el modo, lugar y tiempo establecidos.
- Si se demuestra una relación de causalidad. Quiere decir que el Estado solo deberá indemnizar el daño antijurídico cuando ocurre por algún incumplimiento de las obligaciones de sus órganos. En otras palabras: el Estado no asumirá responsabilidades si el daño que sufre la víctima es causado por un fenómeno de fuerza mayor o por su propia conducta negligente.

## **Responsabilidad estatal en Colombia**

En el caso colombiano, la responsabilidad del Estado se define como una institución originada desde una jurisprudencia que fue elaborada inicialmente por la Corte Suprema de Justicia y luego establecida en el Consejo de Estado, tomando como base las premisas planteadas en el Código Civil, con las cuales se reglamentaba la responsabilidad patrimonial de forma privada.

Fue la Corte Suprema de Justicia, a finales del siglo XIX, quien comenzó a considerar que las instituciones del Estado, a pesar de estar constituidas como personas jurídicas, tienen que responder civilmente por los daños causados por una conducta punible que puede ser atribuible a funcionarios públicos, aunque no asuman ningún compromiso penal. A partir de entonces se configuraron las modalidades concretadas (responsabilidad indirecta, responsabilidad directa y falla en el servicio) que posteriormente la jurisdicción contencioso administrativa empleó en sus decisiones.

Cuando se promulgó la ley 167 de 1941, comenzó el establecimiento, evolución y consolidación de la responsabilidad patrimonial del Estado. Dicho

instrumento legal otorga competencias al Consejo de Estado cuando se trate de conocer las acciones reparatorias ejercidas contra las instituciones públicas. Los requisitos para aplicar los principios de responsabilidad patrimonial al Estado son la presencia de un perjuicio antijurídico, que la acción u omisión pueda imputarse instituciones públicas y que haya una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal (Congreso de Colombia, ley 167 de 1941, DO. 24853).

Siguiendo el proceso adelantado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado mediante los principios jurisprudenciales mencionados, la Constitución Política elaborada en Colombia en 1991 se enfocó en completar las fisuras y llenar el vacío jurídico referente a la reparación de los daños antijurídicos que puedan causar los organismos estatales y que les sean imputables, debido a la acción u omisión de las autoridades públicas, en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.

### **Carácter constitucional de la responsabilidad estatal en Colombia**

Los antecedentes de la responsabilidad estatal en Colombia, como ya se explicó, se encuentran en diferentes acciones ocurridas a partir de la segunda mitad de siglo XIX. No obstante, el ordenamiento jurídico colombiano tuvo que esperar hasta la Constitución Política del año 1991 para introducir por primera vez la responsabilidad patrimonial del Estado, como un fundamento constitucional. Este reconocimiento se encuentra específicamente en el contenido del artículo 90, el cual dictamina de manera expresa:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Gómez, 2017, pp.47-48).

El artículo 90 de la Constitución fundamenta entonces todos los asuntos relacionados con la responsabilidad estatal en el país, tanto la contractual como la extracontractual. En ese sentido, la responsabilidad patrimonial del

Estado colombiano incluye un principio de protección integral de los bienes patrimoniales de todas las personas.

Con respecto a este punto, existen otros artículos constitucionales que lo garantizan.

El artículo 2 dice:

(...). 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 (Gómez, 2017, p.7).

El artículo 58 señala:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. (...) (Gómez, 2017, p.35).

Tomando en cuenta los preceptos constitucionales sobre el régimen de responsabilidad, se identifican dos elementos principales: la noción de daño antijurídico y la imputación al Estado. Desde que se consagró la “Cláusula General de Responsabilidad” en el artículo 90 de la Constitución Política, la Corte Constitucional bajo su jurisprudencia ha delimitado estos aspectos centrales del concepto legal.

Se conoce como daño antijurídico al perjuicio causado a un individuo que no tiene el deber jurídico de soportarlo; esto se presenta cuando la víctima no tiene la obligación de soportar la lesión de un interés legítimo (patrimonial o extrapatrimonial), por lo que se estima indemnizable.

Los principios y valores del Estado Social del Derecho, por el que se rige



el funcionamiento del sistema colombiano, establecen que la reparación del daño antijurídico recae en la responsabilidad del Estado, por ser este el encargado de proteger los derechos frente a la administración. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la responsabilidad estatal recae en la calificación del perjuicio causado y no en la conducta de la administración, ya que la fuente de responsabilidad patrimonial se trata de un daño antijurídico porque, sin importar que la conducta del culpable se contraponga al derecho, la víctima no tiene ningún deber jurídico de soportar tal perjuicio y esto lo vuelve indemnizable.

Con respecto a la imputación al Estado, se refiere a la posibilidad de imputar una acción u omisión cometida por un funcionario público con autoridad. En este caso es necesario que se presente un título que compruebe el comportamiento de la autoridad pública. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha señalado que dicha imputación se relaciona, pero no puede confundir con la causación material, ya que en algunos hechos ocurre una división de ambos conceptos y, por lo tanto, no se puede imponer al Estado la obligación de reparar ningún perjuicio. Para legitimar la decisión, resulta obligatorio constatar la antijuridicidad del daño, así como que el juzgador prepare un juicio de imputabilidad con el que consiga un título diferente a la mera causalidad

## **El daño antijurídico y la responsabilidad estatal**

La responsabilidad estatal, enfocada en responder el daño antijurídico que sea provocado por alguno de sus funcionarios, consiste en una manifestación incluida en los sistemas jurídicos modernos. De acuerdo con este principio, se persigue que las funciones públicas sean desarrolladas de manera eficiente, tomando en cuenta que el ejercicio de las tareas del Estado no se limita solo al trabajo de los funcionarios públicos, sino que también incluye las obligaciones correspondientes a particulares que antes lo hacían de forma exclusiva y excluyente de las autoridades del Estado.

Dentro del marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución Política establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas, siendo obligación del Estado, repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado.

En ese sentido, la Constitución introdujo en el sistema jurídico colombiano un criterio de definición de la responsabilidad estatal con el concepto de daño antijurídico. Proveniente del Derecho español, este concepto en el caso colombiano está delimitado como la lesión que se hace a un interés legítimo, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, que el afectado no está obligado a soportar jurídicamente. Este tipo de responsabilidad requiere además la presencia de un daño antijurídico que sea imputable a un individuo del Derecho Público.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado se conoce como daño antijurídico cuando la víctima no tiene la obligación imperativa en ningún ordenamiento de soportar la lesión de un interés patrimonial que esté protegido en la norma jurídica. Bajo este mandato, un individuo que sufra algún daño injusto, efectivo, evaluable económicamente y susceptible de individualizarlo, deberá recibir un resarcimiento por parte de la administración. Asimismo dota al individuo de una acción procesal directa contra el hecho, sin ser necesario identificar si el culpable de la lesión tuvo un comportamiento voluntario, doloso o culposo. La responsabilidad administrativa puede ocurrir por conducta dolosa o culpable, la cual exige una sanción por deterioro patrimonial (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2011, Exp. 19976).

Tomando en cuenta lo anterior, lo que realmente importa es reparar el daño que ha sido causado, en vez de castigar una acción u omisión administrativa culpable. En otras palabras, la responsabilidad estatal no tiene el objetivo de borrar culpas, sino que la administración reponga el daño sufrido por el ciudadano.

Vale la pena aclarar las diferencias entre los conceptos de lesión y perjuicio. El perjuicio se relaciona con un detrimento patrimonial cualquiera que responda a un criterio económico o material. En cambio, una lesión resarcible se manifiesta cuando el menoscabo patrimonial sea antijurídico, no porque la conducta del autor no se ajuste a derecho (antijuridicidad objetiva), sino porque la víctima no tiene el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad subjetiva). Así las cosas, la lesión constituye un perjuicio no es antijurídico por la manera en que se produce, sino porque el afectado no debe soportarlo jurídicamente, sin importar que sea ocasionado por un funcionario que actúe dentro de la legalidad (Consejo de Estado Sección segunda, 2014, exp. 0728-12).

La responsabilidad patrimonial del Estado abarca la responsabilidad contractual y la extracontractual. Con esto se tiende a reparar los daños antijurídicos ocasionados a la víctima, en lugar de sancionar a un agente que ha transgredido las reglas legales. Se ha perdido la calificación de actuación dañosa como lícita o culpable fundamentados en la idea de que los perjuicios de las funciones administrativas deben repartirse entre todos, así como se hace con los beneficios administrativos.

Se puede ver cómo la responsabilidad cambia la naturaleza del Estado, el cual deja el papel de sancionador para convertirse en un reparador de los daños que causan sus funcionarios. El daño antijurídico reconocido constitucionalmente se ha convertido de esa manera en un elemento importante del contexto jurídico. La naturaleza antijurídica servirá como criterio para imputar daños que, junto a otras variables como la ilegalidad del acto, la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, el riesgo de peligro para terceros o el enriquecimiento ilícito, pasan los efectos negativos del hecho al patrimonio del Estado desde el patrimonio de la víctima.

Cuando el daño carece de causales de justificación se convierte en antijurídico. Para que sea calificado un daño en la categoría de justo o injusto depende de la comprobación de causas que lo justifiquen civilmente en la acción individual del funcionario imputado. Esta justificación debe hacerse de forma expresa y concreta, mediante un título que legitime el perjuicio señalado.

Siguiendo los postulados españoles, aquel daño antijurídico que sea catalogado como perjuicio económico puede convertirse en una lesión indemnizable, partiendo del principio objetivo de garantizar el patrimonio de las personas. Bajo esa premisa, será obligatoriedad del Estado cubrir los daños ocasionados cuando no sean justificados mediante causas claramente expresadas, las cuales podrán someterse a estimación jurídica (Corte Constitucional, 1996, C-333).

Los diferentes recursos jurisprudenciales y doctrinales que han servido en la definición del daño antijurídico en la responsabilidad estatal son reconocidos como un importante avance en el reconocimiento de los derechos y garantías de los ciudadanos, enmarcados en la doctrina del Estado Social de Derecho. Con estos instrumentos se logra garantizar un adecuado desenvolvi-

miento de todas las entidades pertenecientes al Estado, como las responsables de velar por una dinámica social óptima y promover la prevalencia de los derechos humanos como los elementos que definen los procesos sociales en la cotidianidad del país.

Como una manera de resumir este punto, se puede decir que el daño antijurídico establece las bases de la obligación que recae en el Estado para resarcir cualquier lesión de un interés legítimo que el afectado no está obligado a soportar; es decir, que no exista una justificación alguna. Esta perspectiva se fundamenta en el concepto de solidaridad que debe existir en la comunidad que funciona bajo la representación del Estado y para que sea considerado el daño como tal deberá demostrarse la presencia de un daño antijurídico y su imputabilidad a un individuo de derecho público.

La jurisprudencia colombiana, específicamente por parte del Consejo de Estado, ha enfatizado que en la ocurrencia de un daño antijurídico debe haber un proceso probatorio sobre la conducta irregular del órgano de la administración pública. Esto indica que la consagración de dicho daño, responsabilidad del Estado, no objetiviza ni descarta tal responsabilidad por falla de servicio; por el contrario, amplía el ámbito de aplicación, puesto que se manifiesta cuando el perjuicio sucede por conducta irregular de la administración y cuando la víctima no tiene la carga de soportar, sin importar que sea legal o no la actuación estatal (Consejo de Estado, 2012, exp. 21861B).

Las interpretaciones se sustentan en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, según el cual el Estado tiene la obligación de responder por aquellos daños antijurídicos que le sean imputables. Adicionalmente se ponen como condiciones que la conducta de los funcionarios públicos cause daño, que el daño sea imputable, por acción u omisión y que sea antijurídico.

A pesar de las limitaciones que pudieran señalarse, la responsabilidad del Estado y el daño antijurídico, reconocidos en la constitución colombiana, forman parte de un acto que logró un sistema judicial flexible y progresista en lo relacionado al reconocimiento de derechos y garantías que anteriormente estaba descuidado. Ahora se posiciona como una prioridad el reconocimiento de la dignidad humana en la figura del Estado Social de Derecho.

## Teorías de la responsabilidad estatal

Antes de que la Constitución Política de 1991 acuñara el término de daño antijurídico, en la doctrina de responsabilidad estatal en Colombia se pueden identificar tres teorías que han ido evolucionando hasta el establecimiento del paradigma actual: responsabilidad directa, responsabilidad indirecta y teoría de la culpa o falla en el servicio.

### Teoría de la responsabilidad indirecta

La responsabilidad indirecta se enfocaba anteriormente en las personas jurídicas, sin importar si tenían carácter público o privado. Se fundamenta en la culpa ejercida por un funcionario o algún empleado de la persona jurídica que haya producido perjuicios a terceros mientras cumplía sus actividades o con razón y ocasión de estas.

En el principio se planteaba la tesis de que una persona jurídica estaba obligada plenamente a escoger a sus funcionarios y vigilarlos con mucho cuidado, pues si llegaban a cometer alguna culpa durante el cumplimiento de sus cargos, la propia persona jurídica se sentiría afectada porque esta también incurría en culpa. Dicha culpa podría manifestarse en la forma de *culpa in eligendo* (culpa en la elección) o de *culpa in vigilando* (culpa en la vigilancia) (Rodríguez, 2002).

El soporte legal de este principio de responsabilidad indirecta de los derechos ajenos se consigue en algunos postulados de nuestro código civil, específicamente en los artículos 2347 y 2349. “Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado” (Código Civil, Ley 57 de 1887, art. 2347 inc. 1).

El Artículo 2349 señala lo siguiente:

Los empleadores responderán del daño causado por sus trabajadores, con ocasión de servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los traba-

jadores se han comportado de un modo impropio, que los empleadores no tenían miedo de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores (Código Civil, ley 57 de 1887, art. 2349).

De acuerdo con el Consejo de Estado, la responsabilidad del Estado colombiano ha evolucionado desde 1896, ya que antes de esa fecha no había un reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad de las personas morales, ni del derecho privado ni del derecho público. Fue durante el año señalado que la Corte Suprema de Justicia tuvo la iniciativa de emitir una sentencia en la que se reconoció que las personas morales (de derecho público o privado) están sujetas a comprometer su responsabilidad indirecta, en el caso de que sus funcionarios o individuos subordinados incurran en alguna culpa.

La configuración jurisprudencial de la responsabilidad indirecta que ha efectuado el Consejo de Estado se caracteriza por:

- La existencia de una responsabilidad civil indirecta de la persona moral (privada y pública) que se basa en el comportamiento dañoso mostrado por algunos de sus agentes, mientras realizaba actividades relacionadas con sus funciones, sin importar su posición jerárquica dentro de la organización ni la naturaleza o impacto de sus tareas o funciones.
- La presunción de la culpa de la persona moral se aplica porque esta tiene la obligación legal de escoger al personal que contrata y vigilarlo con mucho cuidado en el ejercicio de sus funciones.
- La presunción de la culpa de la persona moral puede desvirtuarse cuando se prueba la ausencia de culpa.
- La configuración adicional de una responsabilidad del autor frente a la víctima.
- La persona jurídica del agente infractor deberá responder al afectado reembolsando una cantidad equivalente al alcance de los perjuicios.
- La acción indemnizatoria ejercida contra la persona moral prescribe en tres años, mientras que contra el autor prescribe en el lapso de prescripción de la pena si se trata de infracción penal, o en veinte años en el caso de cuasidelitos.

En el mismo orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia también ha hecho su definición sobre el concepto y alcance de la responsabilidad indirecta, siguiendo los postulados del paradigma civilista. Al respecto señala que, como el Estado es una entidad de Derecho Público, la actuación errada de sus funcionarios compromete a las instituciones.

Sobre la responsabilidad civil en la reparación de daños, esta se aplica para subsanar aquellos perjuicios que resultan de las acciones de los agentes estatales que cumplen sus funciones de manera cotidiana. Así mismo, se espera que la responsabilidad de hechos cometidos por terceros, ya sea por elección o vigilancia, recaiga quien no hizo el daño de manera directa, sin importar que no se trate de una dependencia estatal.

### **Rechazo a la tesis de responsabilidad indirecta**

La responsabilidad indirecta se convirtió en la primera tesis que determinó la actuación del Estado en lo referente a conductas que causarían daños a los ciudadanos. No obstante, con el paso del tiempo, algunos grupos de la sociedad jurídica rechazaron esta manera en que actuaba la jurisdicción ordinaria y civil. Los argumentos para recriminar la teoría de la responsabilidad indirecta se basaban en refutar las premisas de la *culpa in eligendo* y de *culpa in vigilando*.

Aseguraban que, por una parte, el concepto de *in eligendo* estaba desfasado porque no todos los funcionarios públicos eran escogidos por el Estado, debido a que algunos funcionarios eran seleccionados e impuestos en procesos de elección popular. Asimismo, era imposible hacer una ruptura entre el Estado y sus agentes, pues la actuación y funcionamiento de los órganos estatales dependía de las labores de sus funcionarios; en vista de lo cual, el Estado se convierte en el responsable directo de las consecuencias de sus actos.

### **Teoría de responsabilidad directa**

Tomando en cuenta la idea de que el Estado, como persona jurídica, y sus funcionarios son un solo cuerpo, y que la culpa de estos se convierte en la culpa de aquel, surgió la teoría de la responsabilidad estatal directa. Este paradigma

tiene base jurídica y legal en las normas civiles de Colombia, específicamente en el artículo 2341 del Código Civil, que establece lo siguiente con respecto a la responsabilidad extracontractual. “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Código Civil, Ley 57 de 1887, art. 2341).

En lo referente a la duplicidad de los funcionarios y el Estado en sí, la Corte Suprema de Justicia determinó que no se pueden considerar como opciones viables, porque las personas jurídicas muestran una calidad de ficticias que no las deja definir una dualidad entre la entidad y su representante. Con base en esto, comenzó a desarrollarse la teoría de la responsabilidad directa, también conocida como responsabilidad por el hecho propio (Corte Suprema de Justicia, 2015, SC13630).

Frente a lo anterior, dicha Corte asegura que la responsabilidad civil por actos ilegales corresponde tanto a la persona natural como a la jurídica cuando sean cometidos por sus agentes durante el desempeño de las funciones que les corresponden. En el caso de que los representantes de la persona jurídica hayan causado perjuicios a los intereses de terceros o a la propiedad ajena, la entidad tiene la obligación de resarcir el daño que fue causado; esto significa que las personas jurídicas asumen la responsabilidad civil por ilícitos efectuados por sus funcionarios durante las labores inherentes a sus cargos.

La responsabilidad civil extracontractual, por lo tanto, está fundamentada en las conductas ilícitas que causan daño, debido a las siguientes causas: a) acto u omisión de una persona, b) el hecho de alguien que esté bajo su custodia (culpa directa), o c) por la conducta de alguien que depende o se encuentra bajo el cuidado de otro (culpa indirecta) (Rodríguez, 2002).

### **Limitaciones de la responsabilidad directa**

En la práctica, la aplicación de la responsabilidad directa se ha visto limitada por causa de la teoría organicista. Quiere decir esto que si una persona física utiliza su cerebro, boca, manos y demás parte de su cuerpo para tomar decisiones y realizar diversas actividades, entonces una persona jurídica se vale de sus órganos (funcionarios) para desarrollar sus actividades. Así las



cosas, cuando una entidad hace algo ilícito a través de sus agentes, tiene la responsabilidad por el hecho propio de reponer los daños provocados a terceros. En el otro extremo, si los órganos emplean personas auxiliares subordinadas que causen daño en el cumplimiento de las asignaciones, habrá responsabilidad indirecta o por hecho ajeno.

Esto crea un enigma para determinar en qué momento el Estado actúa por medio de sus propios órganos y cuándo no. La jurisprudencia argumentó que cuando la actuación se hacía a través de funcionarios de dirección la responsabilidad era directa, mientras que cuando el hecho ocurría a causa de alguien que no lo era se define como responsabilidad indirecta.

Algunos autores indican que solo pueden ser considerados órganos aquellos funcionarios capacitados con iniciativas según lo establecido en la ley; Por lo tanto, los órganos de la persona moral son los funcionarios que tienen autonomía e iniciativa para ejecutar la voluntad del Estado. Significa dicha premisa que existen empleados públicos que no tienen la clasificación de funcionarios, además de que algunos funcionarios no cumplen funciones que encarnen la voluntad de la institución.

Hizo falta comenzar a aplicar un régimen especial al aparato gubernamental enfocado en regular su interacción con los integrantes de la sociedad. Fue así como se tomó la iniciativa de manejar las actuaciones del Estado bajo los preceptos del Derecho Público, y no por el Derecho Civil. Dicha decisión se basa en las notables diferencias que existen entre ambos derechos en cuanto a la regulación, los fines que persiguen y el plano en que se sitúan. Por una parte, el Derecho Civil reglamenta las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas haciendo énfasis en el interés de los individuos considerados como iguales; mientras que, por otra parte, el Derecho Administrativo sistematiza las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre ellas y la actuación de sus administrados con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas.

Estas consideraciones dieron origen a una nueva teoría que dejó atrás los postulados de la responsabilidad indirecta y la responsabilidad directa en lo referente a la actuación ilícita de las dependencias del Estado que origina daños a terceros mientras realizan sus funciones.

## Teoría de la culpa, falta o falla del servicio

Cuando la actuación del Estado comenzó a evaluarse tomando en cuenta los preceptos del Derecho Administrativo, en vez del Derecho Civil como se venía haciendo en Colombia, se implantó en el país una novedosa tesis enfocada en la teoría de servicio público que se volvió común en el continente europeo una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial: Teoría de la culpa, falta o falla en el servicio. La base de este paradigma consiste en que las instituciones estatales son imputables cuando no han actuado en un determinado caso, han actuado mal o lo han hecho fuera de tiempo (Pinzón, 2017).

Legalmente los órganos del Estado tienen la responsabilidad de prestar los servicios básicos a la sociedad. En caso de que estos servicios fallen, las instituciones se convierten en los únicos responsables, por lo que deben asumir la reposición de los perjuicios causados a terceros en las ocasiones en que no sean brindados de manera correcta o cuando se produzca daño a alguna persona durante la ejecución de las actividades.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo definió los aspectos necesarios para aplicarse la responsabilidad del Estado en lo referente a la teoría de la culpa, falta o falla del servicio, ya sea mediante actuaciones, omisiones, hechos y operaciones administrativas en las que debe hacerse responsable de los daños provocados a algún administrado.

La responsabilidad estatal a la luz de este paradigma se caracteriza por los siguientes aspectos:

- La presencia de falta o falla del servicio o de la administración, ya sea por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o total ausencia. En este caso no se toma en cuenta la responsabilidad de un empleado administrativo en particular, sino de la entidad como tal.
- Los actos de un funcionario quedan excluidos de la responsabilidad, puesto que las fallas del servicio son consideradas materia de la administración.
- Se aplica cuando ocurren daños que provocan la lesión o perturbación de algún bien amparado por derecho, sin importar que sea civil, administrativo o de otra naturaleza, siempre y cuando encajen en las caracte-

terísticas de los daños indemnizables establecidas en los postulados del Derecho Privado.

- Tienen que demostrarse la existencia de una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño; en caso de que no pueda ser demostrada, el afectado no tendrá derecho a recibir ningún tipo de indemnización.

Partiendo de lo mencionado, fue como la responsabilidad del Estado Colombiano comenzó a evaluarse mediante las normas del Derecho Público en lo referido a los compromisos administrativos siguiendo como fundamento básico el paradigma de la teoría de la culpa o falla del servicio. De esa manera se mantuvieron las cosas hasta que la Constitución Política de 1991 entró en vigencia y estableció el concepto de daño antijurídico, el cual fue desarrollado ampliamente en páginas anteriores.

### **Responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad**

La responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad estaba regulada por el Decreto-Ley 2700 de 1991, que establecía:

Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave (Presidencia de la República, Decreto 2700 de 1991, art. 414).

Lo anterior significa que habrá una indemnización por privación injusta de la libertad, como un resultado de los daños causados con la prisión provisional, en caso de que esta sea injustificada por la exoneración posterior del detenido por alguna de las causales contempladas la jurisprudencia.

Antes de privar de libertad a un ciudadano, se debe demostrar plenamente la responsabilidad penal del acusado. La privación injusta de la libertad se

presenta cuando quien la padece haya sido absuelto de la responsabilidad penal que le fue asignada, por no haberse demostrado su autoría o participación en el delito, ya se comprobó su inocencia plena o en virtud del *in dubio pro reo*. Por lo tanto, cuando un ciudadano es detenido y privado de libertad para realizar una investigación criminal, y además es sometido a violaciones de los derechos fundamentales, será responsabilidad del Estado responder por las conductas de sus funcionarios en estos procesos (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2015, Exp. 36390).

Cuando se ejecuta una privación de este tipo se produce un daño antijurídico para quien la padece, según lo señalado en el artículo 90 de la Constitución Política, por lo que se presenta un escenario de imputación de responsabilidad estatal, específicamente la falla en la prestación del servicio. En vista de ello, el Estado está obligado a responder civil y extracontractualmente por los perjuicios que fueron causados.

En este escenario, el afectado cuenta con el respaldo legal para reclamar una acción de reparación directa con la finalidad de reponer los daños ocasionados por la injusta privación de la libertad. El solicitante debe detallar cada uno de los elementos del perjuicio mostrando las pruebas que lo avalen, si quiere asegurar una indemnización acorde con los daños.

### **Acción de reparación directa**

En el ámbito de la responsabilidad estatal aparece el concepto de acción de reparación, que consiste en una gestión subjetiva que la ejerce un individuo de manera temporal y desistible. En otras palabras, quien se sienta afectado por culpa de un daño ocasionado por las funciones de una entidad pública tiene la facultad legal de solicitar de forma directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que sea subsanado el daño y que además le sean reconocidas todas las indemnizaciones que vengan al caso.

Esta acción común tiende a enmendar a las personas afectadas luego de alguna responsabilidad extracontractual imputable a algún organismo estatal. Se opera bajo el principio jurídico de *iura novit curia*; es decir, un afectado solo debe contar los hechos, las omisiones, la operación u ocupación, sin necesidad de demostrar las razones jurídicas de sus pretensiones, con la finali-

dad de que un determinado juez administrativo pueda aplicar el derecho que corresponde al caso.

La acción de reparación directa se encuentra consagrada en el artículo 140 de la ley 1437 del 2011 que señala lo siguiente:

(...) el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma (...) (Congreso de Colombia, Ley 1437 de 2011, art. 140).

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, específicamente en la cláusula general de competencia, el órgano legislador tiene la tarea de regular los procedimientos judiciales y administrativos relacionados con la acción de reparación directa. En ese sentido, tiene la potestad de ejercer autonomía o libertad de configuración normativa para determinar cada fase del proceso, así como los elementos que han de ser reconocidos a los afectados, tomando en cuenta y garantizando el ejercicio legítimo de sus derechos antes los órganos públicos.

### **Acciones populares en la responsabilidad extracontractual del Estado**

La Constitución Política de Colombia en su artículo 88, recoge una definición de las acciones populares como un mecanismo judicial que persigue la aplicación segura y correcta protección de los derechos e intereses de los ciudadanos que se vean afectados o amenazados por las actuaciones de los organismos públicos o de personas particulares (Gómez, 2017, p. 47). Los instrumentos jurisprudenciales tienen varias misiones: preventiva, suspensiva y restaurativa:

- La misión preventiva busca evitar el daño circunstancial.
- La misión suspensiva tiene la finalidad de acabar con el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio de los derechos e intereses de los ciudadanos.

- La misión restaurativa se enfoca restituir las cosas a como estaban en su estado anterior al daño.

Las acciones populares promueven el cumplimiento de los derechos colectivos que pertenecen a todos los individuos de una sociedad. En ese sentido, requieren de un trabajo de protección y acción pronta de justicia para evitar, en primer lugar, cualquier afectación y, en caso de que no sea evitada, conseguir su completo restablecimiento (Corte Constitucional, Sentencia C-215,1999).

## Conclusiones

La responsabilidad estatal en Colombia comenzó a debatirse a finales del siglo XIX; antes de eso reinaba en el sistema social una total irresponsabilidad por parte de los órganos del poder público. Los primeros instrumentos jurisprudenciales que trataron la obligación del Estado de proteger los derechos de todos los habitantes y de subsanar los daños producidos por los perjuicios en ocasión de su actividad fueron emanados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. De esa manera se sentaron las bases para actuar bajo los principios de equidad y justicia social.

Con el paso del tiempo fueron surgiendo diferentes normativas para tratar los asuntos de responsabilidad estatal, tomando como fundamentos las disposiciones contenidas en el Código Civil. Así surgieron las teorías de la responsabilidad indirecta y la responsabilidad directa.

La teoría de la responsabilidad indirecta se desarrolla siguiendo un paradigma de legalidad. En un principio se enfocaba en las personas jurídicas de carácter público o privado, sobre quienes recae la culpa referente a daños causados mientras realiza las actividades de su cargo. Esta culpa se basa en la forma de *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, a razón de que las personas jurídicas tienen la obligación plena de escoger a sus agentes y vigilar su actuación. La responsabilidad indirecta estuvo sustentada en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

Algunos sectores jurídicos rechazaron este mecanismo de actuación refutando las premisas de elección y vigilancia que lo sustentaban, por considerar que estaba desfasado y no era aplicable en ciertas circunstancias. A raíz de

esto, surgió la teoría de la responsabilidad directa del Estado, en la que se reconocía su personalidad jurídica, además de que veía a la institución a sus funcionarios como un solo cuerpo. El fundamento está en el artículo 2341 del Código Civil, el cual establece que la responsabilidad civil por actos ilícitos que causen daño debe ser asumida por el Estado cuando sean cometidos durante el cumplimiento de las labores.

La teoría organicista limitó la aplicación de la responsabilidad directa, por lo que la responsabilidad estatal pasó de ser asunto del Derecho Civil a ser tratado con los postulados del Derecho Público. Entonces surgió la teoría de la culpa, falta o falla del servicio, un paradigma muy aplicado en Europa durante el periodo posguerra. Según esta filosofía, las instituciones públicas son responsables cuando los servicios fallen, por lo que deben reponer los daños causados a terceros.

El carácter constitucional de la responsabilidad estatal fue establecido en Colombia con la promulgación de la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 90 incluyó en el sistema jurídico el concepto de daño antijurídico. Esto se trata de un criterio objetivista con el que se ve favorecido el individuo que ha sido afectado por una actividad realizada por alguna institución dependiente del Estado.

El actual régimen de responsabilidad estatal se caracteriza por dos elementos principales, que son la noción de daño antijurídico (un perjuicio causado a alguien que no tiene el deber jurídico de soportarlo) y su posible imputación al Estado. Todas estas acciones jurisprudenciales persiguen el objetivo proteger a los ciudadanos en el marco de las garantías sociales de derecho.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez, L.F. (1998). *Derecho Internacional público* (2ª ed) Bogotá: CEJA
- Código Civil. (1887). Ley 57 de 1887. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_Civil\\_Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf).
- Consejo de Estado, Sala de lo contenciosos administrativo, Sección tercera, Subsección C. (2011). Expediente 19976 del 9 de Mayo. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gambóa
- Consejo de Estado, Sala de lo contenciosos administrativo, Sección tercera,

- Subsección C. (2012). Expediente 21861B del 25 de Abril. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección A. (2014). Expediente 0728-12. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección tercera Subsección B. (2014) Expediente 28641, Sentencia del 9 de octubre. CP: Stella Conto Díaz Del Castillo
- Consejo de Estado, Sala de lo contenciosos administrativo, Sección tercera, Subsección B, (2015). Expediente 36390, Sentencia del 26 de Noviembre. C.P. Darío Rojas Betancur.
- Congreso de Colombia. (1941) *Sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa*. (Ley 167 de 1941). Bogotá: DO: 24853.
- Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Por el cual se expide el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Bogotá: DO: 47.956.
- Corte Constitucional (1996). Sentencia C -333. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (1999). Sentencia C-215. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sánchez De Moncaleano.
- Corte Constitucional (2011). Sentencia C-644. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte suprema de Justicia, Sala de negocios generales. (22 de octubre de 1896) en *Gaceta Judicial, año XI, 2 de noviembre de 1896, No 565*. p.353. MP Carmelo Arango M.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil (2015) Sentencia del 7 de Octubre. Expediente: SC13630-2015. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.
- Gómez, F. (2017). *Constitución política de Colombia de 1991*. Tercera edición, Bogotá, Editorial Leyer, 2017.
- Pinzón. C.E (2017). *Tratado de responsabilidad extracontractual del Estado*. Tomo I y Tomo II. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Presidencia de la República de Colombia. (30 de noviembre de 1991). *Por la cual se expiden las normas de procedimiento penal*. [Decreto 2700 de 1991]. Bogotá: DO: 40.190.
- Rodríguez. L. (2002). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. (13<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.



# Presupuestos para la estructuración de la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños causados durante cuidado familiar de los niños<sup>1</sup>

Carolina Fernanda Jordán Mosquera<sup>2</sup>  
Lina Marcela Estrada Jaramillo<sup>3</sup>  
Johanna Jazmín Zapata Posada<sup>4</sup>

## Resumen

La investigación se centra en el análisis de los presupuestos que permiten la estructuración de la responsabilidad civil extracontractual del cuidador familiar que causa un daño al niño derivado del incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia, prevención y formación; a partir de una investigación cualitativa- descriptiva basada en el estudio documental, normativo y jurisprudencial de la obligación legal de cuidado personal a cargo de los padres y cuidadores no institucionalizados, los factores de atribución de responsabilidad civil por el daño sufrido y los mecanismos procesales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano para garantizar la reparación integral del niño que es víctima de amenaza, inobservancia y vulneración de sus derechos.

---

1 Este capítulo de libro es producto de un análisis jurídico sobre la configuración de la Responsabilidad Civil Extracontractual realizado en el marco del proyecto de investigación titulado “La organización social del cuidado de niños y niñas menores de 12 años: Caso Medellín” (Rad. 500B-10/15-15), desarrollado en la línea de investigación tipología y funciones familiares del grupo de investigación de familia de la facultad de trabajo social y el grupo de investigación en derecho de la escuela de derecho y ciencias políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana- Sede Medellín

2 .Magister en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente tiempo completo y miembro del semillero de Bioderecho de la Corporación Universitaria Americana., Cra. 42 No. 52 - 06 (Av. La Playa), Medellín- Colombia. Correo electrónico: cfjordan@americana.edu.co

3 Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesora Titular Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: lina.estrada@upb.edu.co, Circular 1 # 70-01, Bloque 12, Medellín- Colombia

4 Doctora en Desarrollo y Ciudadanía: Derechos Humanos, igualdad, educación e intervención social de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, y Profesora Titular Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: johanna.zapata@upb.edu.co, orcid.org/000000033897-0451. Circular 1 # 70-01, Bloque 6, Medellín-Colombia

**Palabras clave:** responsabilidad civil extracontractual, culpabilidad, custodia derechos de los niños, cuidador.

## **Budgets for the structuring of extracontractual civil liability derived from the damages caused during family care of children**

### **Abstract**

The research focuses on the analysis of the budgets that allow the structuring of the extracontractual civil responsibility of the family caregiver that causes harm to the child derived from the breach of its obligations of surveillance, prevention and training; from a qualitative-descriptive investigation based on the documentary, normative and jurisprudential study of the legal obligation of personal care by non-institutionalized parents and carers, the factors of attribution of civil responsibility for the damage suffered and the existing procedural mechanisms in the Colombian legal system to guarantee the integral reparation of the child who is a victim of threat, non-compliance and violation of their rights.

**Key words:** extracontractual civil liability, guilt, custody of children's rights, caregiver.

### **Introducción**

El cuidado personal ha sido definido como la acción de ayudar a un niño, niña o a una persona dependiente en el desarrollo y el bienestar de su vida cotidiana (Batthyány, 2015, p.10); para lo cual se hace necesario garantizar la satisfacción de sus derechos y lograr una sana interacción en la sociedad durante su proceso de crecimiento físico y psicológico. Ejercicio de cuidados en los cuales no puede mediar la vulneración de derechos fundamentales como la integridad física y dignidad humana por parte de la familia, la sociedad y el estado a una población que goza de especial protección en el ordenamiento jurídico nacional e internacional (Corte Const., T-260/2012, H. Sierra).

Sin embargo, debido a las diferentes transformaciones socioeconómicas, culturales y laborales, la violación de los derechos a la niñez se ha convertido en una constante en nuestra sociedad (Estupiñán, 2014, p.140). Situación que ha obligado al Estado, en cumplimiento del principio de corresponsabilidad, a expedir leyes y políticas públicas que ayuden a mitigar su vulneración y a garantizar el restablecimiento de los ya transgredidos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2010, A/RES/64/142), en aplicación del principio de la dignidad humana (Unicef, 2006, Observación general N° 8) y del interés superior del menor por parte de la familia y todos los que interactúan en su proceso de crecimiento y formación (Unicef, 2013, Observación general N° 14).

Función que ha desempeñado el Estado colombiano, desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño con la Ley 12 de 1991 (Congreso de la República), la Constitución Política de 1991, el Código del Menor que fue remplazado con la posterior expedición de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), el Plan Nacional de Acción para la Niñez 2009-2019, la Ley 1804 de 2016 (Presidente de la República), los Lineamientos y programas desarrollados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF, 2009), planes de desarrollo nacional y regionales, entre otras disposiciones pertinentes con las cuales se pretende garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio adecuado del cuidado.

Regulaciones normativas que buscan en primera medida que desde la familia el ejercicio de las actividades de cuidado personal se desarrolle bajo lazos de amor, respeto y tolerancia derivados de la convivencia entre el niño y quienes ejercen su custodia, vigilancia y cuidado según lo indicado en el artículo 262 del Código Civil.

Artículo en mención que brinda la posibilidad de implementar sanciones educativas como forma de orientación de conducta. No obstante, la realidad social del país nos muestra un panorama de extralimitación en el uso de la misma y esto se ve reflejado en los múltiples casos sobre violencia intrafamiliar y maltrato infantil que se presentan a diario, especialmente en familias donde los cuidados se prestan en medio de la insatisfacción de necesidades básicas ligado a conflictos armados, bajos niveles de educación, consumo de alcohol y estupefacientes (Barrientos, Salinas y Molina, 2013). Pero también tienen ocurrencia en familias donde aun teniendo los medios económicos para satisfacer sus necesidades, a raíz de factores culturales y autoritarios, los

padres suponen que el hijo debe ser criado y educado de acuerdo a sus propias ideas y experiencias, sin medir que con su actuar puede llegar a lastimar su integridad; realizando una símil entre el niño y una “propiedad” (Sáez, Beniguí y Del Rey, 2016, p.4).

A la vez, la investigación base permitió evidenciar que en ambos escenarios es notable el desconocimiento de los derechos, deberes y obligaciones del cuidado, la apatía ante los programas que brinda el Estado al igual que su uso inadecuado, permite que cada día se actúe por un factor de supervivencia social y no atendiendo a un factor de conducta reglada (Sierra, Macana y Cortés, 2006).

Ante la materialización de las situaciones antes enunciadas, por conductas activas o negligentes de quien tiene a su cargo la custodia y/ cuidado, se presentan daños que afectan el estado físico, psicológico y emocional del niño. Al respecto, el ordenamiento jurídico colombiano establece, además de las sanciones penales o administrativas que se imparten en estos casos, el pago de la indemnización de los perjuicios causados a través de la aplicación de las reglas de indemnización establecidas en la legislación civil.

### **Obligaciones de cuidado personal del niño y las sanciones a su incumplimiento**

La patria potestad definida en el artículo 288 del Código Civil Colombiano como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (Congreso de la República, 1873, art.288), ha sufrido una nueva conceptualización vía jurisprudencial en cuanto a la titularidad de los derechos que comprende este concepto, que al ser definido hoy en día como “el conjunto de poderes-deberes establecidos en favor del hijo enmarcados en los vínculos afectivos, económicos, disciplinarios y, en general de todo orden” (Corte Suprema de Justicia Civil, 2011, F. Giraldo), incluye la obligación de cuidado personal y permite que una obligación, hasta hace algunos años inherente a los padres hoy pueda ser delegada a familiares, niñeras, empleadas domésticas para que asuman funciones de crianza, educación, salud y recreación. Incluso en aquellas familias que se estructuran en atención a los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, sin que medie un

vínculo consanguíneo o jurídico con quien tiene a su cargo la custodia y cuidado del niño; pues tal y como lo manifiesta la Corte Constitucional, exige un traslado de las obligaciones legales y constitucionales otorgadas a las familias convencionales a quienes ejercen esta labor (Corte Const., T-070/2015, M. SÁCHICA).

Existe entonces una obligación que ante la ponderación de “el interés del niño exige que se le garantice la máxima estabilidad y continuidad en su crianza y educación” (Pinto, 2009, p.547), conexo a la obligación de protección, amparo, cuidado, respeto, orientación y vigilancia en su proceso de crecimiento y formación, para lo cual es necesario que los cuidados se brinden de acuerdo a la edad y personalidad del niño (Plovanich, 2015, p.168), así como de las características particulares que pueda presentar en atención a alguna enfermedad. Ello implica un compromiso constante por parte del cuidador cuya inobservancia daría lugar a la violación de los deberes del padre hacia su hijo (Tovani, 2012, p.259); ya que desde la jurisprudencia se ha logrado determinar que “lo exigible al cuidador es un actuar prudente y diligente de tal forma que el daño podría no haber ocurrido si el menor hubiese estado bajo la vigilancia diligente y adecuada a las circunstancias de persona, tiempo y lugar” (Thomson, 2015, p.130).

De ahí que, en atención a la protección del derecho de la integridad personal del niño, el legislador enuncia la prohibición de la configuración del maltrato infantil desde todos los contextos de interacción del niño, cuando se desplieguen las conductas enunciadas en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, en el que se establece:

“(…) Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona” (Congreso de Colombia, 2006, Ley 1098).

Artículo que alude a conductas delictuales consagradas en el artículo 229 del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000 (Congreso de la República), tipo penal de violencia intrafamiliar, del cual se desprenden lesiones físicas y

psicológicas que dan lugar a las acciones indemnizatorias desde los mecanismos de reclamación civil contemplados en materia penal; o a través de los postulados de la responsabilidad civil extracontractual. Esta última entendida por el profesor Martínez (citado en Irisarri, 2000) como “la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso” (p. 22). En cumplimiento de, el principio del *Alterum non laedere* -no dañar al otro-, y las funciones de reparación y prevención conforme a la tesis de constitucionalización del derecho privado (Cornejo, 2012, p. 38-39); funciones de la responsabilidad civil que están presentes en las relaciones de la familia y quienes la integran tienen la obligación de prevenir, reparar y resarcir los daños, sobre todo los que provienen del incumplimiento de los deberes familiares (Medina, 2015, p.44).

### **Responsabilidad civil del cuidador familiar**

El incumplimiento de las obligaciones de cuidado adquiere importancia en relación con la responsabilidad civil en los eventos en que el niño con ocasión a las acciones u omisiones de la persona encargada de cuidarlo sufra una vulneración de sus derechos fundamentales que genera un daño físico y/o moral indemnizable, el cual es susceptible de reclamación bajo los postulados de responsabilidad contemplados en la legislación civil ante la ausencia de regulación del componente indemnizatorio en este tipo de eventos en el derecho de familia. Aplicación análoga que hasta hace algunos años hubiera sido imposible debido al carácter ético moral de los deberes de familia, la existencia del modelo patriarcal y la concepción disímil de la función indemnizatoria establecida en el derecho de familia y en el derecho de daños (Rodríguez, 2009 citado en Pérez, 2010, p. 142), al igual que la concurrencia de derechos subjetivos instituidos en criterios morales y lazos recíprocos de afecto (Ferrer, 2001, p. 11) que influían a la hora de iniciar una acción legal en contra de un miembro de la familia. Sin embargo, el vínculo familiar no es causa de justificación de los actos lesivos, y los daños que se sufran son reparables siempre que se reúnan los presupuestos de la responsabilidad (Parellada, 2015, p. 1).

Actualmente, en la jurisprudencia y doctrina extranjera, particularmente la argentina y chilena, se han ido desarrollando teorías de aplicación de la responsabilidad civil extracontractual en atención a los asuntos de familia, que hoy en día están siendo aplicados en Colombia en situaciones donde se demuestre la existencia de un perjuicio indemnizable configurando criterios

de la responsabilidad civil con culpa, una vez se compruebe que además del daño y el nexo causal exista dolo o culpa; criterio de atribución de culpabilidad que atiende a la culpa leve contemplada en el inciso 2 del artículo 63 del Código Civil Colombiano, en atención al reproche del actuar poco diligente y prudente del cuidador frente al niño.

Dicho lo anterior, es pertinente entrar al estudio de los elementos de ese tipo de responsabilidad establecidos en los artículos 2341 al 2348 del Código Civil Colombiano y los principios de reparación integral y equidad frente a la valoración de los daños, contemplados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (Congreso de la República); siendo necesaria para su configuración la existencia de los elementos: a) hecho o conducta, b) daño, c) culpa y d) nexo causal.

- a. Hecho, entendido como la conducta del agente transgresor, bien sea activa u omisiva, que origina una modificación en las condiciones del sujeto lesionado (Hincapié, 2015, p.82). En relación al cuidado del niño, se estructura como un hecho ilícito producto del incumplimiento de obligaciones de orden jurídico, tal y como lo define el doctor Javier Tamayo Jaramillo, toda vez que las modificaciones a las que se hace alusión nacen del incumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a la familia, la sociedad y el Estado en los artículos 39, 40, y 41 de la Ley 1098 de 2006.
- b. El daño o perjuicio cierto e indemnizable, definido por el doctor Escobar (como “todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza” (Escobar citado en Henao, 1998, p.84). En los casos de cuidado personal del niño hace alusión a las lesiones tanto físicas como psicológicas sufridas por el niño víctima de maltrato infantil.

Aunque la jurisprudencia colombiana no realiza distinción entre el daño y el perjuicio, algunos doctrinantes como Bénéoit establecen que el daño es la alteración material sobre un patrimonio, y el perjuicio es la consecuencia de dicha alteración sobre el patrimonio (Henao, 1998, p. 87).

- c. El elemento de culpabilidad, está contemplado en el artículo 2341 del Código Civil Colombiano: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Congreso de la República, 1873, art. 2341). Entendiéndose la culpa, desde un sentido psicológico, como un error de conducta que se concretiza en la conducta negligente, de impericia o imprudente por parte del autor del daño ante la violación de disposiciones normativas que le exigen un deber de conducta (Tamayo, 2008, p.224). Sin embargo, ese error de conducta debe ser tan grave que presenta un daño indemnizable para el niño o quienes pretenden la indemnización del perjuicio. La observancia de ese deber jurídico concreto de vigilancia no consiste en demostrar ser un “buen padre de familia”, sino en haber cumplido ese deber en el momento en que el evento dañoso acaece (Corte Suprema de Justicia Civil, 2016).

En cuanto al dolo, definido en el artículo 63 del Código Civil como “intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” o el dolo extracontractual atendiendo a la teoría alemana de la representación o falta delictual premisa que lo importante no es que el agente tenga la intención de causar un daño, sino que quiera realizar la conducta que muy seguramente producirá el daño (Tamayo, 2008, p. 218). En estos casos es necesario analizar las condiciones particulares del autor frente a la intencionalidad de la conducta.

- d. y el nexo causal, conceptualizado como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado (Patiño, 2008, p. 193).

Estos elementos deberán ser estudiados en relación con las circunstancias particulares que rodean cada caso en concreto con el objetivo de estudiar la viabilidad de la acción. Pues existen casos en los cuales se recurre a la insolvencia del agresor; y en este sentido, hay que tener en cuenta que la acción no solo puede ser seguida contra el promotor, sino que también se puede intentar contra otras personas que resulten obligados indirectos porque con su comportamiento ha permitido que los hechos de violencia tuvieran lugar o han contribuido a que



el perjuicio de la víctima se agravará (Medina, 2015, p. 5).

Aunque, cabe determinar que los perjuicios sufridos por el niño deberán ser establecidos en relación con cada caso en concreto y en atención a las condiciones patrimoniales y extra patrimoniales; las patrimoniales como el lucro cesante y el daño emergente no tendrán un monto muy alto pero las extrapatrimoniales en atención al daño moral que sufra el niño pueden ser cuantiosas, debido a que quienes experimentan carencias físicas y afectivas, violencia, maltrato, imposición, desprotección y largos periodos de abandono en sus primeros años tienden a ser agresivos y desarrollar capacidades limitadas para transmitir afecto, compartir con otros, participar en la vida social y ser cooperativos. Así mismo, ellos pueden presentar, además, ansiedad, trastornos depresivos, alucinaciones, comportamientos violentos y, en general, mostrar limitaciones para establecer relaciones interpersonales y tener confianza en sí mismos (De Cero a Siempre, 2013, p. 15). Los cuales, si bien no son fácilmente cuantificables en virtud del carácter esencialmente subjetivo que distingue a este rubro, y la imposibilidad de aplicar método exacto para su valoración; la doctrina se ha permitido señalar que en dicha operación deben tenerse presente dos elementos principales, como son la intensidad y la duración del padecimiento (Koteich, 2010, p.171).

### **Responsabilidad civil derivada del delito de violencia intrafamiliar**

Los daños sufridos por una omisión en el deber de cuidado y vigilancia, entre los cuales se exponen las fracturas, complicaciones de enfermedades por mal manejo en el hogar, quemaduras, intoxicación por ingesta o ingestión de productos no aptos para el consumo humano, hematomas por golpes o caídas desde lugares altos, déficit de atención, abuso sexual o trastornos de conducta, entre otros, se enmarcan en la definición de maltrato infantil que establece el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, tipificado como delito de violencia intrafamiliar en el artículo 299 de la Ley 599 de 2000 (Congreso de la República). Este delito de familia, tiene una penalización que busca la protección o salvaguarda de bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y formación sexual o la autonomía personal ante conductas desplegadas por los miembros del grupo familiar afectando la unidad y armonía familiar (Corte Const., C-368/ 2014, A. Rojas).

Bajo esa finalidad de protección familiar que le da la Corte Constitucional al tipo penal de violencia intrafamiliar, las autoridades competentes despliegan una serie de procedimientos que más allá de imponer una sanción penal al infractor, busca a través de la interacción de un equipo multidisciplinar el restablecimiento de los derechos de la totalidad de los miembros del núcleo familiar. Lo cual conforme a la nueva concepción del sistema penal acusatorio que busca la restauración de los perjuicios más allá del factor punitivo y rehabilitador del imputado en busca de una satisfacción social. Ello permite que la Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de la obligación de velar por la protección de las víctimas establecida en el numeral 7 del artículo 250 constitucional, pueda dar aplicación a los postulados de justicia restaurativa, entendido por algunos autores como el modelo de justicia que permite un enfrentamiento del ofensor con sus propios actos y sus consecuencias, adquiera conciencia sobre el daño generado, reconozca y asuma sus responsabilidades y repare el agravio (Corte Const.C-387/ 2014,J. Palacio); lo cual es un enfoque apoyado en las necesidades emocionales, relacionales y reparatorias de los involucrados en el conflicto (Corte Const., C-979/2005,J. Córdoba).

Conforme al artículo 521 de la Ley 906 (Congreso de la República), existen 3 mecanismos a través de los cuales se puede dar aplicación del principio de oportunidad y solicitar la reparación integral de los perjuicios que puede sufrir el niño a raíz del delito de violencia intrafamiliar:

1. La conciliación prejudicial; que en aplicación del principio de oportunidad abre a los sujetos activos y pasivos involucrados en un delito de familia, la posibilidad de acordar la reparación civil y llegar a un acuerdo antes de iniciar un proceso judicial penal (Rodríguez et al. 2010, 364);
2. La conciliación en el incidente de reparación integral; se refiere “al necesario balance que debe existir entre las reparaciones materiales y las simbólicas así como entre las reparaciones individuales y colectivas, lo que se conoce como integralidad interna” (Rojas citado en Pérez, 2010, p.81) el cual puede ser interpuesto por el representante del niño durante los 30 días siguiente a la ejecutoria de la sentencia condenatoria y en el evento en que no sea interpuesto el juez lo interpondrá de oficio (Corte Suprema de Justicia Penal, 2009, A. Gómez); y

3. La mediación que supone un proceso colaborativo en que las partes por sí mismas sean capaces de llegar a la solución de un conflicto. Operando a base de principios de igualdad, voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad del mediador, el interés superior del niño y la consideración de opiniones de terceros (González, 2013, p. 227) contemplada en los artículos 23 a 527 de la Ley 906 de 2004 (Congreso de la República).

Sin embargo, frente al cuidador existe una responsabilidad civil solidaria por el hecho ajeno, donde se le exige responder civilmente ante los daños causados por el niño, fundamentada en la falta de vigilancia sobre las personas que legalmente están a su cargo y la obligación de educar a los hijos con la prudencia y cuidado que se debe observar en cualquier actuar, conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 15 de Ley 1098 de 2016; enseñarles a ser muy reflexivos a no actuar con ligereza y temeridad (Estrada et al., 2012, p. 264).

Responsabilidad que no se agota con la indemnización de los perjuicios, en procura de garantizar la no repetición de los actos de vulneración, corresponde al juez ordenar a la autoridad competente dar trámite a las medidas de protección necesarias para garantizar el restablecimiento de los derechos del niño de acuerdo a las particularidades de cada caso, las cuales se encuentran establecidas en el artículo 53 de la ley antes citada.

Sin embargo, este tema no se agota con la procedencia y configuración de los elementos de responsabilidad, pues existen temas procesales que ameritan ser analizados como es el caso de la legitimación por activa (Corte Const., Auto 312 /2001, J. Araujo) frente a la interposición de la acción civil, toda vez que nos encontramos frente a la vulneración de los derechos de un niño que deberá ser representado por su representante legal, pero ¿qué pasa cuando quienes vulneran sus derechos fundamentales son sus propios padres o representantes legales?. En ese sentido, cabe determinar quiénes se encuentran legitimados para actuar en representación de los niños cuando se dé lugar a la reparación integral de los perjuicios sufridos en atención al incumplimiento de las obligaciones del cuidador; para ello, es necesario realizar una distinción entre las acciones a instaurar.

En materia penal, la reparación de los perjuicios causados al niño a raíz de la comisión de un delito se lleva a cabo a través de los mecanismos de conci-

liación prejudicial, incidente de reparación integral y la mediación contemplados en el artículo 521 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de la República, 2004).

En el caso de los niños, la Ley 1098 de 2006 ha establecido quiénes se encuentran legitimados para asumir la representación legal del niño con el objetivo de asegurar que se lleve a cabo la reparación integral de los perjuicios; y asume que los padres también son sujetos a sanción cuando su actuar transgrede los derechos del niño la legitimación se extendió en atención al artículo 82 numeral 12 de la Ley 1098 de 2006 al defensor de familia, quien tendrá la obligación representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.

En los casos en que proceda el incidente de reparación integral, la legitimación fue extendida a los jueces conforme al artículo 197 de la ley en mención, el cual establece:

En los procesos penales en que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de Familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Y una vez resuelto el interrogante anterior surge uno nuevo ¿a quién se le entrega el dinero producto de la indemnización para su administración en el caso hipotético ya planteado? Inicialmente se debe tener claro que, en los casos de maltrato infantil, tal y como lo contempla los numerales 1 y 2 del artículo 315 del Código Civil Colombiano, el juez podrá decretar la suspensión o pérdida de la patria potestad en el evento en que uno de los padres del niño incurra en las causales del artículo antes citado; cuando las causales sean atribuibles a ambos padres, el juez a petición de un consanguíneo, del defensor de familia o de oficio decretará la emancipación judicial.

No obstante, frente a lo antes enunciado, en los eventos en los cuales los padres pierdan la custodia del niño y no exista un familiar que pueda asumir esa obligación, existe una figura del derecho argentino denominada encargo

fiduciario que ha sido consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 185 de la Ley 1448 de 2011 (Ley de víctimas y restitución de tierras) que podría ser aplicada en los casos antes citados, pues está pensada en un escenario donde es muy fácil encontrar niños en situación de abandono y sin parientes cercano. Al respecto establece el artículo:

Constitución de fondos fiduciarios para niños, niñas y adolescentes. La entidad judicial o administrativa que reconozca la indemnización a favor de un niño, niña o adolescente, ordenará, en todos los casos, la constitución de un encargo fiduciario a favor de los mismos, asegurándose que se trate del que haya obtenido en promedio los mayores rendimientos financieros en los últimos seis meses. La suma de dinero les será entregada una vez alcancen la mayoría de edad (Congreso de la República, 2011, art.1448).

Aun así, cabe mencionar que a pesar de ser una medida que resuelve la situación de la entrega del dinero, no resultaría cien por ciento garantista del resarcimiento de los perjuicios del niño, al establecer la condición de entrega a los 18 años. Para lo cual se necesitaría una modificación al articulado que permita la entrega porcentuada de los dineros con la finalidad de que el niño no se encuentre expuesto a necesidades durante ese tiempo. Pues existirán casos en los cuales la cuota alimentaria a la que aún están obligados los padres no será suficiente para sufragar los gastos tanto de alimentación como de terapias o tratamientos en casos de secuelas.

## **Conclusiones**

Los niños, niñas y adolescentes en Colombia a pesar de ser sujetos de protección especial por mandato legal y constitucional se ven inmersos en situaciones donde sufren lesiones físicas y/o psicológicas, bien sea entornos de cuidado personal institucionalizados o no institucionalizados; situación que da lugar a la constitución de perjuicios que con fundamento en los principios indemnizatorios contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano, son susceptibles de reclamación contra quien causa el daño, más allá de las sanciones penales a que se tenga lugar.

Sin embargo, con el análisis realizado se logra determinar que el daño causado en ocasión al incumplimiento de las obligaciones de cuidado desde el hogar, al no existir unidad legislativa y jurisprudencial que permita establecer una forma de reclamación de perjuicios desde el derecho de familia; en los eventos en que se pretenda reclamar la indemnización de perjuicios sufridos en atención al daño causado por quien ejerza la función de cuidado, será necesario remitirse a las normas civiles sobre responsabilidad civil extracontractual y las disposiciones sobre reparación de perjuicios contemplados en el Código Penal y el Código de Infancia y Adolescencia.

Desde el escenario del daño causado por un cuidador no institucional la reclamación de indemnización de perjuicios se puede exigir a través de 2 formas:

1. En materia penal, ante la tipificación del maltrato infantil como delito de violencia intrafamiliar, el código de procedimiento penal, en atención al principio de justicia restaurativa y reparación integral permite la reclamación civil a través de 3 mecanismos, la conciliación prejudicial, el incidente de reparación integral y la mediación.
2. En materia civil, se podrá interponer la acción de responsabilidad civil extracontractual, por parte del defensor de familia o el padre del niño que no causó o participó en la agresión; en la cual se deberá demostrar, conforme a los criterios de imputación subjetiva de responsabilidad civil extracontractual, los elementos de hecho, daño y nexos causal.

No obstante, si bien es posible establecer la procedencia, configuración y mecanismos de reclamación de la responsabilidad civil extracontractual, existen aspectos sobre esta forma de indemnización que aún no han sido desarrollados en la legislación y jurisprudencia, como es el caso de la determinación de la persona a la cual se le entrega el dinero de la indemnización al estar el niño catalogado como un discapacitado mental conforme la Ley 1309 de 2009. Lo que hace exigible el pronunciamiento del legislador frente a este tema, pues si bien se logró identificar como solución la fiducia que contempla la ley de víctimas en su artículo 185, la condición de esperar hasta cumplir los 18 años para hacer uso de esos dineros no es garantista de los derechos del niño máxime cuando la edad del niño sería un limitante para que efectivamente pueda reparar los perjuicios físicos o psicológicos que requieran atención inmediata.

Por lo tanto, la solución propuesta hasta tanto se regule este tema, sería dar una aplicación homogénea de la normatividad colombiana por parte del juez haciendo caso omiso a las contradicciones y limitaciones que se encuentran en ellas ante la prevalencia del interés superior del menor, para que en atención a las particularidades de cada caso, determine los servicios que deberá recibir el niño de manera inmediata y las asignaciones mensuales que le permitan tener un crecimiento y desarrollo integral hasta que tenga la edad para administrar sus recursos.

Aun así, es necesaria una reglamentación clara de las formas de reclamación indemnizatorias derivadas de la responsabilidad civil extracontractual con ocasión a la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes, donde se establezcan además de los postulados de la reparación integral los mecanismos de entrega y administración de la indemnización, los cuales deberán ser aplicados por el juez conforme a cada caso en particular.

## Referencias

- Barrientos, J., Salinas, D. y Molina, C. (2013). Las causas de la violencia intrafamiliar en Medellín. En: *Revista Perfil de Coyuntura Económica*. (22), 99-112.
- Batthyány, K. (2015). Las políticas públicas y el cuidado en América Latina: Una mirada a las experiencias regionales. En: *Serie de asunto de género*. (124), 1-48.
- Congreso de la República de Colombia. (25 de mayo de 1991). Ley 12 de 1991. “Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”. Bogotá: Diario Oficial No. 39.640 de enero 22 de 1991. Obtenido el 13 de mayo de 2016 de Unidad de Víctimas: <http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-12-de-1991.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (24 de Julio de 2000). Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Bogotá: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Obtenido el 13 de mayo de 2018 de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- Congreso de la República de Colombia. (1873). Ley 57 de 1873. Por la cual se

- adopta el Código Civil Colombiano. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1998). Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Bogotá.
- Congreso de la República. (2004). Ley 906 de 2004” Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2001). Auto 312 de 2001 (29 de noviembre de 2001). MP: Jaime Araujo Rentería. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-260 de 2012 (29 de marzo de 2012). MP: Humberto Sierra Porto. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-387 de 2014 (25 de junio de 2014). MP: Jorge Ivan Palacio Palacio. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-368 de 2014 (11 de junio de 2014). MP: Alberto Rojas Rios. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-070 de 2015 (18 de febrero 2015). Magistrada (e) sustanciadora: Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-979 de 2005 (26 de septiembre de 2005). MP: Jaime Cordoba Trivillo. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia. (2011). Sentencia del 22 de junio de 2011. Bogotá: MP: Fernando Giraldo Gutiérrez.
- Corte Suprema de Justicia. (2009). Sentencia del 21 de octubre del 2009 (Proceso No 32103). Sala de Casación Penal. MP: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá: Avance Jurídico.
- Corte Suprema de Justicia. (10 de Julio de 2016). Sentencia del 29 de mayo de 1996, Expediente 6264. MP: Jorge Santos Ballesterero. Obtenido de Lex Base: [http://www.lexbasecolombia.net/cortesuprema/sala%20civil%20y%20agraria/2000/s-059-2000%20\[6264\].htm](http://www.lexbasecolombia.net/cortesuprema/sala%20civil%20y%20agraria/2000/s-059-2000%20[6264].htm)



- Cornejo, M. G. (2012). *Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia* (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago: Universidad de Chile. Recuperado el de: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112811/de-cornejo\\_m.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112811/de-cornejo_m.pdf?sequence=1)
- De Cero A Siempre. (2013). *Violencia en la Primera Infancia en Colombia*. Recuperado de: <http://www.deceroasiempre.gov.co/Prensa/CDocumentacionDocs/Bolet%C3%ADn%20No.%207%20Violencias%20en%20la%20primera%20infancia%20en%20Colombia.pdf>
- Estrada, L. et al. (2012). Responsabilidad Civil Parental por acoso escolar del hijo menor de edad en Colombia. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. XLII (116), 253-269.
- Estupiñan, M. (2014). Niños y niñas como cuidadores familiares. *Revista Duazary*. 11(2), 139-146.
- Ferrer, J. (2001). *Relaciones familiares y límites en el derecho de daños*. Recuperado de: [http://www.indret.com/pdf/065\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf).
- González, I. (2013). La justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género. En: *Revista de Derecho*. XXVI (2), 219-243.
- Henao, J. (1998). *Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y francés*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Hincapié, M. (2015). *Responsabilidad civil por perjuicios causados con ocasión de relaciones de familia*. Sello Editorial: Universidad de Medellín.
- Instituto Colombiano De Bienestar Familiar. (2009). *Concepto 45189 DE 2009*. Recuperado de: [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0045189\\_2009.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0045189_2009.htm)
- Irisarri, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano*. Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>
- Koteich, M. (2010). La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (Derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés. *Revista de Derecho Privado*. (18), 159-204.
- Medina, G. (2015). Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado de Argentina. *Actualidad jurídica iberoamericana*. (3), 15-46.
- Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado*. (14), 193-217.

- Parellada, C. (2015). *Daños en las relaciones de familia. La Ley. Tomo 2015-E. (185-número)*. Recuperado de: <https://static-laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/PromotionsEC/pdf/DiarioLaLeyOct01.pdf>
- Pérez, M.A. (2010). Reparación del daño en la violencia intrafamiliar: una mirada al restablecimiento del derecho más allá del aspecto patrimonial. *Advocatus*: (15), 79–83. En:<http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/viewFile/146/140>
- Pinto, M. (2009). El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia. *Revista Chilena de Derecho*. XXXVI (3), 545-586.
- Plovanich, M. (2015). Responsabilidad de los padres en Código Civil y Comercial. *Responsabilidad Civil y Seguros*. XVII (4), 167-175.
- Presidente de la República. (2016). Ley 1804 de 2016 “Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: Diario Oficial No. 49.953 de 2 de agosto de 2016. Obtenido de: [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_1804\\_2016.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1804_2016.htm)
- Rodríguez, L. et al. (2010). Análisis de la justicia restaurativa para atender casos de violencia intrafamiliar en el Centro Integral de Víctimas de Violencia Intrafamiliar (CAVIF) de la Fiscalía General de la Nación. *Revista Diversitas*. Vol.VI (2-número), pp.355-373.
- Rodríguez, A. M. (2009). *Responsabilidad Civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. España: Civitas.
- Sáez, A., Benguigui, Y., & Del Rey, J. (26 de mayo de 2016). *Maltrato Infantil*. Obtenido de <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/CongresoCuba2006/MaltratoInfantil.pdf>
- Sierra, Macana y Cortés. (2006). *Impacto social de la violencia intrafamiliar*. Medellín: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Recuperado de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/33850/9+Violenciaintrafamiliar.pdf/10708fa9-efb1-4904-a9e6-36377ca8a912>
- Tamayo, J. (2008): *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bogotá, Legis.
- Thomson, R. (2015). Responsabilidad de los padres por hecho de los hijos: Daños sufridos por un menor que jugaba en la calle. Responsabilidad de los padres. Culpa in vigilando. *Revista responsabilidad Civil y Seguros*, 3,128-131.

Tovani, F. (2012). La familia y Responsabilidad Civil: Reflexión sobre responsabilidad de los padres respecto de sus hijos y respecto de los terceros. *Revista de Derecho*. VII (7), 249-266.

# Una mirada comparada del Estado de Cosas Inconstitucional en Colombia (ECI) vis à vis el Mandato Estructural en USA (*The Structural Injunction*)<sup>1</sup>

Filiberto Eduardo R. Manrique Molina<sup>2</sup>

Omar Huertas Díaz<sup>3</sup>

Luis Fernando Garcés Giraldo<sup>4</sup>

Jean Carlo Mejía Azuero<sup>5</sup>

## Resumen

Dentro del presente trabajo se analizan dos figuras jurídicas, que sirven como remedio y limitación a la violación generalizada de derechos consagrados a nivel constitucional, que si bien, nacen en dos latitudes y en condiciones disímiles, las mismas guardan una estrecha relación, pues tienen como finalidad dar una herramienta a los juzgadores que permita obligar a los gobiernos de los Estados a causar la reconstrucción, reorganización o ajustes de las

---

1 Texto resultado de investigación CONACYT durante el Programa de Estancias Posdoctorales en el Extranjero 2018 – 1 y la Universidad Autónoma del Estado de Morelos UAEM, en trabajo colaborativo de los grupos de Investigación “Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN”, Reconocido y Clasificado en A COLCIENCIAS- 2015 Universidad Nacional de Colombia, COL0078909; La Corporación Universitaria Americana; El Centro Interamericano de Investigación en Derechos Humanos y Litigio Estratégico CIIDHLEX A.C; Artículo que expone resultados de investigación del proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e Implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo A1 por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC), adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación COLCIENCIAS.

2 Ph.D. en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México; Maestro en Derecho e investigación, abogado, realiza estudios de posdoctorado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia- sede Bogotá; Candidato a Investigador Nacional SNI – CONACYT, ha participado en seminarios e impartido conferencias en México, Perú y Colombia. ID ORCID. <https://orcid.org/0000-0001-9407-6548E>- mail: [filiberto.manriqueamol@uaem.edu.mx](mailto:filiberto.manriqueamol@uaem.edu.mx)

instituciones gubernamentales para efecto de poder superar aquellos factores estructurales que pueden ser las causas de un patrón de abusos de los derechos más básicos de un sector social.

**Palabras clave:** Constitución, reconstrucción, mandato estructural, derechos humanos, remedio.

## **A Comparative View of the Unconstitutional State of Things in Colombia (ECI) vis à vis the Structural Mandate in the USA (The Structural Injunction)**

### **Abstract**

*Within the present work two legal figures are analyzed, which serve as a remedy and limitation to the generalized violation of rights consecrated at the constitutional level, which although born in two latitudes and under dissimilar conditions, they have a close relationship, since they have as purpose to give a tool to the judges that allows to force the governments of the States to cause the reconstruction, reorganization or adjustments of the governmental institutions in order to be able to overcome those structural factors that can be the causes of a pattern of abuses of the most basic rights of a social sector.*

**Key words:** Constitution, reconstruction, structural injunction, human rights, remedy.

---

3 Abogado, Especialista en Derecho Penal, Postdoctor y Ph.D en Derecho y Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia; Ph.D. en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar; Maestría en Educación Universidad Pedagógica Nacional; Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá; Maestría en Derecho Penal Universidad Libre; Miembro de Honor de la Fundación de Victimología (FUNVIC); Miembro Honorario de la Asociación Colombiana de Criminología ACC; Asociado Categoría titular Asociación Colombiana para el Avance de la ciencia ACAC; Par académico del Ministerio de Educación Nacional y par académico de Colciencias y clasificado como investigador asociado. E-mail: ohuertasd@unal.edu.co

4 Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, Postdoctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, Postdoctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; Investigador Senior por Colciencias; Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana.

## Introducción

Dentro del presente trabajo, se tiene la pretensión de analizar dos importantes figuras jurídicas, que sirven como remedio y limitación a la violación sistematizada y generalizada de derechos y principios consagrados a nivel constitucional, que si bien, nacen en dos latitudes y en condiciones disímiles, las mismas guardan una estrecha relación, pues tienen como finalidad dar una herramienta a los juzgadores que permita obligar a los gobiernos de los Estados provocar la reconstrucción, reorganización o ajustes de las instituciones gubernamentales para efecto de poder superar aquellos factores estructurales que pueden ser las causas de un patrón de abusos de los derechos más básicos y fundamentales de determinado sector social.

Tanto la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional (en adelante ECI), como el *Structural Injunction*, son instrumentos de carácter imperativo, los cuales pretenden reivindicar la exigente demanda de justicia de los sectores de la población más vulnerable; respecto de aquellas instituciones gubernamentales existentes que trasgreden con carácter general y reiterada los derechos de una multitud de personas; tales como lo son: las prisiones, escuelas, vivienda, sistema sanitario, de seguridad social, policía, etc. En las cuales se han detectado ciertos factores contextuales y estructurales, tales como lo son omisiones legislativas, administrativas o de carácter presupuestal; las cuales

---

5 Abogado Magna Cum Laude. Postdoctor en derecho de la Universidad Nacional. Promoción Sesquicentenario. Cuenta con un Doctorado en Derecho con tesis exaltada como meritoria. Investigador del Grupo de Investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Universidad Católica de Colombia reconocido con código COL120899 con Categoría A1 en Convocatoria 781 de 2017 de Colciencias. Igualmente tiene estudios en derecho penal internacional, derechos humanos, derecho internacional humanitario. Docente e investigador en Doctorado y Maestría. Ha publicado de forma individual más de quince obras, además de otras diecinueve entre textos colectivos o en coautoría. Asesor y consultor internacional en las áreas de su competencia ha sido perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y profesor del Instituto Interamericano de DDHH. Gerente General del Bufete Mejía, Ardila & Asociados. Miembro de la Red latinoamericana de seguridad y defensa RESDAL. Investigador del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE. Docente e investigador de planta de la Universidad Católica de Colombia. Analista en temas de derechos humanos, seguridad y defensa. Columnista invitado de *Ámbito jurídico*, *Argumentos*. Jeanmejia39@gmail.com jcmejia@ucatolica.edu.co. ID ORCID. <https://orcid.org/0000-0002-7022-7919>

6 Ph.D. en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México; Mg. en Derecho, realiza estudios de postdoctorado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia- sede Bogotá; Candidato a Investigador Nacional SNI – CONACYT. E- mail: christian.benitez@uaem.edu.mx

acarrear amenazas y trasgresiones sobre el ejercicio de derechos constitucionales.

Dichas declaratorias les han permitido tanto a los jueces de *United States of America* (en adelante USA, EU) como a los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia tener un auténtico activismo judicial, para salvaguardar la lista de derechos constitucionales y en algunos casos la norma supra, permitiéndoles no sólo el ordenar acciones de corrección al resto de los órganos Estatales, sino además coordinar y supervisar éstas, permitiéndole a los tribunales “*volver una y otra vez sobre las practicas institucionales y evaluarlas a la luz de los ideales constitucionales*” (Fiss, Los mandatos de la justicia, 2013) con el objetivo de garantizar ese amplio catálogo de derechos vigente.

Si bien, los tribunales no pueden modificar el derecho, pero ellos tienen la “*obligación de tomar decisiones y alcanzar el mejor resultado moral*” (Raz, 2013), pues no hay que olvidar que son parte de la estructura de los órganos del Estado, de la sociedad política, por ello, sus decisiones deben dar los mejores resultados a la sociedad, aun y cuando el derecho existente cuenta con imperfecciones, atrasos o vacíos; Raz señala que “*las interpretaciones innovadoras -propias de un activismo judicial- que modifican el derecho evitan que este se petrifique y que poco a poco sea menos adecuado para cumplir sus funciones*” (Raz, 2013) de allí que compete a la autoridad judicial un mayor protagonismo, hacerse cargo de las innovaciones y ajustes constitucionales, de acuerdo a la arquitectura existente.

Dicho protagonismo es de una mayor tradición para los juzgadores norteamericanos, el cual diversos autores enmarcan sus inicios a partir de la política de Franklin D. Roosevelt a denominada *El New Deal*, la cual trataba de palear los efectos de la Gran Depresión en Estados Unidos, a la cual también se sumaron las actuaciones judiciales; pero es la doctrina y la publicación de Arthur Schlesinger Jr. quien introdujo al público el término “activismo judicial” en la publicación de un artículo para la revista *Fortune* en enero de 1947, Schlesinger considera que “*law and politics are inseparable. They see judicial decisions as “result-oriented,” because no result is foreordained*” (Kmiec, 2004).

Aunque tuvo su mayor auge de acuerdo con Owen Fiss, “a partir de la Corte Warren y sus retrocesos a partir de 1976 con las cortes Burger y Rehnquist” (Fiss, El derecho como razón pública, 2007). Las cuales buscaban proteger

el ideario político y jurídico que contiene la norma superior, decisiones que no solo han tenido impacto nacional, sino que han circulado y permeado en la doctrina transnacional; La facultad creadora de instituciones jurídicas de manos de los jueces, vino aparejada con la incorporación de elementos del derecho anglosajón, sobre todo el respeto al principio de igualdad y a la seguridad jurídica respecto de casos similares fallados con antelación, así como el principio del *stare decisis*.

Dichas intervenciones judiciales dieron lugar al *structural injunction*, lo cual, permitió a los jueces de Estados Unidos controlar las decisiones públicas y las instituciones con mayor precisión, con un seguimiento más detallado y prolongado de tiempo para desarrollar una importante reforma, reestructuración y así alcanzar mayor efectividad de los derechos; lo cual atiende una variedad de problemas en las prisiones; las escuelas; la vivienda; salud, entre otros. Siendo por ello, notoria la intrusión del poder judicial en el gobierno federal como en los locales; si bien existen hoy en día desazón y retrocesos en la materia, porque las cortes en las últimas décadas han preferido otro tipo de medidas, tales como lo son la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC), limitando ese papel fuerte y activo de los juzgadores de la época dorada, es decir de la Corte Warren.

Si bien, este documento no trata de traer de manera nostálgica una figura jurídica norteamericana que se ha menospreciado, sino que busca repensar tal y como lo señala Fiss “*que el derecho es una expresión de la razón pública y suministra una estructura a nuestra vida en común, que los jueces son instrumentos del derecho y encarnan esa razón. Su función consiste en evaluar la realidad práctica a la luz de los valores que el derecho dota de autoridad, y en hallar luego las vías adecuadas para adaptar la realidad a estos valores*” (Fiss, *El derecho como razón pública*, 2007), reestructurando y reformando de manera activa aquellas instituciones que presentan ciertas fallas y que afectan los valores públicos y la realización progresista de las aspiraciones constitucionales.

Caso contrario a lo que ocurría a los Estados Unidos, Colombia presenta un activismo judicial tardío de finales de siglo XX y principios del nuevo decenio, a pesar de ello, el mismo ha sido precoz y pujante, pues la Corte Constitucional de Colombia es una de las cortes más proactivas, sus decisiones que ha tomado la han situado a la vanguardia del constitucionalismo en la región (Bernal Pulido, 2005) debido no sólo la emisión de un gran número de sentencias para hacer frente a las sistemáticas y graves vulneraciones a los de-



rechos humanos; y al importante desarrollo del derecho por vía jurisprudencial y del que tiene su origen la figura del “Estado de Cosas Inconstitucional”, cuya finalidad representa la protección autentica de los derechos subjetivos de miles de personas cuyas violaciones sean de carácter general y sus causas guarden un carácter de tipo estructural.

Es a partir de la creación de este tipo de mecanismos -*structural injunction* y ECI- que el juez constitucional asume la tarea de reestructurar la organización pública para combatir la amenaza de los valores constitucionales; con ese activismo judicial se observa un papel de coordinación y dialogo con todos los poderes para superar los desafíos actuales en torno al respeto y garantía de los derechos humanos, pues hoy en día existen vacíos y fallas estructurales en la vida nacional, mismas que han permitido que tanto en Estados Unidos como en Colombia se violen de manera sistemática y reiterativa los derechos fundamentales y la dignidad humana de quienes habitan en esos países.

Aquí conviene señalar que, dichas declaraciones se fundan en las nociones fundamentales de equidad e igualdad, pues con ello, se busca tutelar las diferencias sociales y reducir al mínimo aquellas desigualdades, las cuales son el objetivo de los fines del Estado, además de ser obligaciones de respeto y garantía de los derechos o tal y como los denomina Ferrajoli, “*expectativas negativas o positivas a las que les corresponden obligaciones de prestación o prohibiciones de no lesión*” (Ferrajoli, 2002). Buscando contrarrestar y corregir las violaciones a los derechos humanos que requieren de un tratamiento especial por parte de los órganos del Estado en su conjunto.

Al destacar la importancia que han tenido dentro de sus las figuras ECI y *structural injunction* y su impacto positivo en la defensa de los derechos constitucionales de miles de personas, realizaremos dentro de los siguientes apartados, un análisis desde la perspectiva comparada de las figuras jurídicas en comento, para estar en capacidad de reflexionar críticamente sobre sus aspectos más generales, sus efectos y las experiencias de ambos países.

## **Metodología**

En el presente capítulo se utilizan dos perspectivas metodológicas: la analítica y comparativa. La perspectiva analítica permite buscar, analizar y des-

componer todos los conceptos y definiciones de los temas que se pretenden abarcar, aclarar los conceptos, sus alcances y límites desde un punto de vista crítico y propositivo. Con la perspectiva comparativa, se buscará la comparación sistemática de casos de análisis con la finalidad de la verificación de hipótesis.

### **Mandato Estructural en USA (*Structural Injunction*)**

Un *structural injunction* se puede entender como una orden judicial que se usa para forzar a las instituciones públicas que atraviesan por ciertos factores estructurales que permiten la violación de un determinado conjunto de derechos fundamentales, incumpliendo con ello las obligaciones legales; dichos mandatos estructurales permiten la intervención y revisión de manera directa de los tribunales en las leyes, regulaciones locales, políticas y prácticas institucionales de las entidades demandadas; los tribunales también considerarán la idoneidad de los planes para efecto de generar el alivio y superar un estado de cosas contrario al espíritu constitucional, el cual no cuenta con un recurso adecuado y efectivo ante la ley.

La supervisión judicial federal de las instituciones de gobiernos estatales mediante este tipo de mandatos, ha permitido a los juzgadores asumir el control de aquellos problemas que requieren de una intervención más compleja y detallada, sin desplazar la toma de decisiones de los actores demócratas, pues se requiere de una coordinación en el mejoramiento de las condiciones de vida de un determinado sector de la población, empleando para ello sus poderes de equidad y así alcanzarla, tradicionalmente “*equity has been characterized by a practical flexibility in shaping its remedies and by a facility for adjusting and reconciling public and private needs*” (Brown v. Board of Education, 1955, p. 300) pues solo con esas acciones se puede cumplir con el interés personal de todos y cada uno de los demandantes y el interés público, eliminando los obstáculos de manera sistemática y eficaz.

De acuerdo con Fiss, el mandato estructural reconoce la naturaleza burocrática del estado moderno (Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term—Foreword: The Forms of Justice*, 1979), por ello, uno de los aspectos de mayor atención de la *structural injunction*, es la confrontación del juzgador para con el “*state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure*

*the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements*” (Fiss, The Supreme Court, 1978 Term—Foreword: The Forms of Justice, 1979). pues hay que recordar que el mandato es el medio por el cual se transmiten a una variedad de servidores públicos las directivas de reconstrucción.

Esa intervención de los juzgadores en la emisión de mandatos estructurales deriva de una obligación legal, la cual en sus inicios tuvo como finalidad una serie de prohibiciones para inhibir aquellas practicas inconstitucionales, tal es el ejemplo de la discriminación sistémica en los sistemas de educación o los casos de reclusión de Alabama, Texas y Arkansas, en estos últimos, se ordenaba a las autoridades eliminar toda practica violatoria a derechos “*such as whipping prisoners, and imposing other corporal punishment of prisoners without adequate safeguards*” (Bower, 2012), condiciones inadecuadas de reclusión que sufría la población penitenciaria y que transgredían las cláusulas de las decimocuarta y octava enmiendas.

Si las prohibiciones no surten efectos o fallan en la corrección de aquellos aspectos que dieron pie a las violaciones “*the court recognizes that the problem is systemic and that the defendants not only need more specific direction but there is a need to restructure the institution*” (Bower, 2012), adoptando medidas más integrales para superar las dificultades. En este punto, para alcanzar la reestructura, el tribunal designa a un maestro especial que da seguimiento y evalúa los informes que presentan las autoridades responsables ante el tribunal, analizando el estado de cosas legal y estructural, evalúa los planes y programas que los demandados pueden proponer para superar la crisis y en su caso, desarrollar un plan judicial si los trazos de reforma del acusado resultan inadecuados.

Si estas medidas de corrección no son suficientes, el tribunal puede adoptar medidas más invasivas, quizá impopulares pero necesarias, esto es, designar a un receptor para que tome el control de las actividades de las autoridades o instituciones, generando cierto límites a las leyes estatales, marcos de manio-bra, creando incluso nuevas instituciones para que los demandados puedan alcanzar la reforma; convirtiéndose el *structural injunction* en un medio adecuado único que genera alivio a las tensiones y desequilibrios que generan con los derechos humanos.

La etapa del remedio implica una larga y continua relación de dialogo directo entre el juez y la institución demandada, pues la intervención de supervisión -mecanismo de control- es de largo plazo, esto es, tanto cuanto persista la amenaza y “*no consiste en el cumplimiento de un remedio ordenado previamente sino en la creación y diseño del propio remedio... la tarea consiste en remover la condición social que amenaza los valores constitucionales*” (Fiss, El derecho como razón pública, 2007).

Otros aspectos notables que destacamos de la *structural injunction*, es que el tribunal puede ordenar a la demandada el “recaudar impuestos a la propiedad a una tasa adecuada para financiar la reestructuración” (Landsberg, 2014), incluso más allá de los impuestos previamente fijados por las legislaciones. “*Dicha orden requeriría que la legislatura adoptara una nueva ley tributaria o exigiría que el ejecutivo imponga un impuesto*” (Landsberg, 2014), pues el rediseño requiere de un importante gasto, el cual se suministra de los contribuyentes, es decir, los mandatos estructurales alcanzan y afectan a los que no son parte del litigio.

Por último, tenemos que señalar que los tribunales muestran una resistencia a desplazar la formulación de las políticas públicas, “*they do so only as a last resort, when the defendants effectively punt to the court and abdicate their responsibility to carry out the court’s orders*” (Landsberg, 2014), en estos casos, el diseño de las políticas públicas son determinadas por el tribunal con la finalidad de remover, aun y cuando existe resistencia de las demandadas, las amenazas que suponen para los valores constitucionales.

La tarea de reconstruir a través de este mandato las instituciones sociales en funcionamiento se ha presentado en casos de educación, prisiones, instituciones de policía, hospitales psiquiátricos, agencias de investigación penal, vivienda y empleo; para tratar de corregir y eliminar aquellas amenazas que afectan los valores constitucionales más elementales a través de un nuevo desarrollo que no solo cambia el *statu quo* de justicia sino la realidad social y la vida de miles de personas.

## **Estado de Cosas Inconstitucional en Colombia (ECI)**

Desde hace más de dos décadas ha comenzado un proceso de grandes cambios políticos, jurídicos y sociales en Colombia, una de las transformaciones

más relevantes que ha sufrido el Estado desde su fundación, es el emisión de una carta constitucional el 4 de julio de 1991, la cual impactó *“tanto del rediseño de la estructura organizacional del poder, así como del reconocimiento progresivo de un amplio catálogo de derechos fundamentales”* (Huertas Díaz , De Carli, & De Paula Soares, 2017) la cual derivó del reclamo social por la promoción, respeto, garantía, protección y defensa de sus derechos humanos, incluyendo los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

La constitución de 1991 trajo consigo una tarea muy importante de reestructuración y reforma del Estado, pues reconfiguró en *“Colombia un proyecto social-democrático de modernidad política, pluralista y tolerante, enfrentándose a todas aquellas tradiciones y fines anacrónicos derivados de la constitución de 1886”* (Quintana, 2012, p. 185). Pero se trasmuta para tratar de superar una tradición de violaciones generalizadas a los derechos humanos que se vivía en el país décadas atrás, lo cual trajo un número significativo de víctimas; de allí que se requería de una transformación que tuviera un impacto profundo en el rediseño de la estructura del Estado y de sus instituciones de la vida pública.

Por ello, la emisión de una nueva constitución se tradujo en un mayor parámetro de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos que esta contiene; para cumplir con ese mandato, desde el 7 de julio de 1991 se creó la Corte Constitucional, órgano al cual la constitución dentro del artículo 214 le confía la guarda de la integridad y preservación de la supremacía de la Carta iusfundamental del país sudamericano.

La Corte Constitucional con el paso del tiempo, al igual que otros tribunales en la región *“han demostrado, sobre todo cuando los derechos se encuentran reconocidos en la constitución o en tratados internacionales, ser instancias idóneas para proteger a minorías vulnerables y otros grupos subrepresentados en los espacios representativos tradicionales”* (Pisarello, 2007); por ello, el caso colombiano no es la excepción con la Corte Constitucional; organismo que ha sido de relevancia para la vida nacional, pues con el activismo judicial que la ha caracterizado se han implementado novedosos y complejos mecanismos para la defensa de las aspiraciones constitucionales, las cuales impactan en la vida de millones de personas.

En su fusión de realizar el control de la constitución como *“herramienta útil para exigir que las políticas públicas cumplan con los compromisos que im-*

*ponen los derechos humanos*” (Quinche Ramírez & Rivera Rugeles , 2010); de verificar la coherencia entre aquellos actos que despliegan los que detentan el poder político con la norma suprema, cualquier ciudadano en pleno uso de sus derechos puede acudir por vía de acción en su demanda; podemos señalar que existen tres controles, a saber: la acción pública de inconstitucionalidad, la acción pública de nulidad y la acción de tutela.

La acción de tutela es la principal institución jurídica de protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas consagrados en la constitución colombiana y dentro del denominado bloque de constitucionalidad; y a la cual puede acceder cualquier individuo, dicha acción se encuentra plasmada dentro del artículo 86 de la constitución, mecanismo de defensa que fue reformado por decreto dentro de la ley 2591, el cual señala que: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”* (Constituyente, 1991).

Es por esos motivos que, desde hace más de 27 años la acción de tutela en Colombia se ha convertido en el *“mecanismo por excelencia de protección de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas cuyos derechos están siendo vulnerados o amenazados, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial eficaz”* (Huertas Díaz , De Carli, & De Paula Soares, 2017). Aquí es importante señalar que, a pesar de que la tutela se concibió como una acción ágil, sencilla y eficaz en la protección de los derechos fundamentales, la misma no ha sido suficiente para hacer frente los retos estructurales complejos que afectan a una generalidad de personas en sus derechos humanos.

Para encontrar un alivio en este tipo de casos, la Corte Constitucional consciente de los retos contemporáneos que implica el debido cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales, elaboró una de las herramientas judiciales más innovadoras en la historia moderna constitucional; desarrollo del derecho que por vía jurisprudencial dio origen a la figura de la declaratoria del “Estado de Cosas Inconstitucional”, cuya finalidad representa la protección autentica de los derechos subjetivos de miles de personas cuyas violaciones son de carácter general y sus causas guardan una naturaleza de tipo estructural.

La propia Corte Constitucional ha señalado que:

*“El estado de cosas inconstitucional se predica de aquellas situaciones en las que se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales”* (Vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, 2015).

La declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional, es un reflejo del papel relevante y del activismo judicial que ha caracterizado a la Corte Constitucional de Colombia en los últimos años, *“pues hoy en día aún existen vacíos y fallas estructurales en la vida nacional, mismas que han permitido que en el país colombiano se violen de manera sistemática y reiterativa los derechos fundamentales de quienes habitan en el país”* (Huertas Díaz , De Carli, & De Paula Soares, 2017) frente a ello, se requiere de un activismo judicial, que le permita a los juzgadores inmiscuirse de manera proactiva, con mayor intensidad, que coordine, dialogue y revise los actos u omisiones de autoridades, instituciones y poderes que presentan falencias de carácter estructural y que afectan a una generalidad de personas para alcanzar un alivio y hacer cada día más vigente el modelo que proclama la Constitución, esto es, el Estado social y democrático de derecho.

Con relación al Estado social y democrático de derecho, tenemos que señalar que la Corte Constitucional al emitir una declaratoria de ECI tiene como base constitucional los siguientes preceptos:

*Art. 1) El modelo de estado social de derecho;*

*Art. 2) Los fines del estado que principalmente se traducen en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución;*

*Art. 13) La obligación de promover las condiciones de igualdad a favor de los grupos marginados y sancionar los abusos contra éstos;*

*Art. 113) La obligación de los órganos del estado de colaborar armónicamente para la realización de sus fines, y finalmente;*

*Art. 334) La dirección general de la economía del estado para cumplir con los objetivos del modelo de estado social y democrático de derecho (Huertas Díaz, De Carli, & De Paula Soares, 2017).*

Con base en esos fundamentos constitucionales, es que la Corte extiende los efectos de la acción de tutela, de un efecto *inter partes* a un efecto *inter communis*, es decir, con efectos dirigidos a un sector de la población en específico que busca la tutela de sus derechos; pues con la declaratoria se busca encontrar alivio a los problemas a través de órdenes complejas que van dirigidas a las autoridades demandadas para atender sus causas y superar la declaratoria.

Es decir, con la emisión de la declaratoria del ECI, el juez deja de ser un aplicador pasivo del derecho para convertirse en un verdadero defensor proactivo del orden constitucional, que de manera directa se involucra en la solución de las vulneraciones masivas a los derechos humanos, para así encontrar de manera colaborativa con las autoridades responsables aquellas soluciones tendientes a la reparación integral de la situación que impera y con ello evitar que continúen las violaciones graves y sistemáticas de un amplio abanico de derechos de un grupo de la población en específico.

Tenemos que advertir que, el desarrollo jurisprudencial del ECI ha evolucionado y se ha ido perfeccionando a través de las declaraciones en materia de seguridad social; sistema penitenciario; desplazamiento forzado; falta de protección a defensores de derechos humanos; pensiones; ausencia de concurso para notarios; alimentación, salud y agua, etc. Por ello la declaración a presentado diversas variaciones a lo largo de su vida, la cual la ha enriquecido, desde el surgimiento de la figura con la sentencia SU-559 del 6 de noviembre de 1997, dentro de la cual la Corte constató la vulneración de los derechos fundamentales de un grupo de docentes derivada de la omisión de su afiliación a un fondo de prestaciones sociales, en la que la Corte declaró la existencia de un “estado de cosas contrario a los preceptos constitucionales”.

Para poder emitir una declaratoria de esta naturaleza, la Corte ha señalado 6 factores a valorar, a saber:

- “(I) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;*
- (II) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de*



*sus obligaciones para garantizar los derechos;*

*(III) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;*

*(IV) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.*

*(V) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;*

*(VI) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial” (Estado de cosas inconstitucional de la población desplazada, 2004).*

Un aspecto que da visos de la necesidad de la declaratoria del ECI por parte de la Corte, es el congestionamiento judicial que provoca un gran número de solicitud de tutelas sobre el mismo problema social; el cual se encuentra vulnerando de manera masiva, continuada y generalizada varios derechos constitucionales y que por su naturaleza superan la esfera de protección de la acción de tutela; la cual es exclusiva solo de aquella persona que eleva la petición de salvaguarda y protección de la justicia.

Dichas violaciones generalizadas devienen de factores estructurales que da lugar a prácticas inconstitucionales e inconventionales, las cuales tienen su raíz en omisiones legislativas, administrativas y presupuestales de distintas instituciones y autoridades; por ello, la Corte al hacer frente a un fenómeno complejo, es que ha señalado que “*su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades*” (Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, 1998, p. 2). De allí que la corte desarrolla habilidades de coordinación y dialogo con todos los poderes para superar los desafíos que consiente ese estado de cosas contrario a la constitución y tratados internacionales.

De allí que, la solución debe ser mancomunada, pues “*las sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucionales en Colombia traen consigo diferentes situaciones que deben ser atendidas por el Estado en su conjunto, y que deben garantizar que se disminuyan y erradiquen esas violaciones a derechos*

*no solo fundamentales sino humanos”* (Huertas Díaz, Sistema penal y hacinamiento carcelario, Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombianas, 2015), de allí que, todas las autoridades implicadas deben de orientar sus esfuerzos por el cumplimiento y la consecución de las metas y objetivos formulados en la sentencia que declara el ECI y así poder superarlo.

La corte para cumplir con ello puede servirse de los medios que estén a su alcance y emitir las órdenes para modificar leyes, reglamentos, políticas, planes, programas, presupuestos o de ampliación de la capacidad institucional que corresponda en aras de materializar, en el menor tiempo posible los derechos fundamentales de los afectados y superar la vulneración masiva y continua de sus derechos.

Para superar la declaratoria, la Corte constitucional ha ordenado una serie de medidas, las cuales consisten en que:

- 1) *Se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional;*
- 2) *Se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos;*
- 3) *Se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución;*
- 4) *Se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional; y*
- 5) *Se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos (Agenda oficiosa en la tutela, asociaciones de desplazados, 2004, pág. 84).*

Sin lugar a duda, el ECI ha significado un importante avance jurídico en Colombia, para reducir y eliminar las causas estructurales que amenazan e incentivan las graves violaciones colectivas a los derechos humanos; es la fórmula que permite culminar un proceso de reforma a las instituciones que con la constitución de 1991 se inició, para que millones de personas en Colombia se les respete sus derechos y garantías que convergen en la constitución.

Si bien, dicha herramienta no es perfecta pero si perfectible, pues a pesar de contar con importantes avances en su desarrollo jurisprudencial, aun observamos con preocupación una dilación en el cumplimiento de las órdenes complejas dictadas para superar el Estado de Cosas Inconstitucional; pues en casos como lo es la crisis del sistema penitenciario y carcelario han pasado 20 años de la emisión de la primera sentencia y hoy en día continúan vigentes los factores contextuales y estructurales, las omisiones legislativas, políticas, administrativas y carácter presupuestal que ha permitido la violación flagrante de la población en reclusión.

Bien podría abonar al ECI que los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia realicen una mirada comparada del *Structural Injunction* para efecto de verificar la etapa del remedio y análisis de la figura del receptor quien es el que toma el control de las actividades de las autoridades o instituciones y elabora el plan judicial cuando los presentados por las autoridades demandadas resultan inadecuados o son deficientes.

### **Tesis conclusivas.**

Con lo dicho hasta aquí, hemos advertido la importancia del activismo judicial, del protagonismo del juez y el impacto de sus desarrollos jurídicos innovadores para alcanzar y materializar los derechos consagrados en el plano constitucional, los cuales sirven como remedio y limitación a la violación sistematizada y generalizada de derechos ya sea por acción u omisión de las instituciones y autoridades estatales.

Tanto la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional como el *Structural Injunction*, han permitido visibilizar y poner en un centro de atención la exigente demanda de justicia de los sectores de la población más vulnerable; pero sobre todo, se trata de esfuerzos nobles y legítimos para la reforma, reconstrucción, reorganización o ajuste de las instituciones gubernamentales para efecto de poder superar aquellas falencias estructurales que pueden ser las causas de un patrón de abusos de los derechos más básicos.

Dichas declaratorias les han permitido tanto a los jueces de *USA* como a los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia el ordenar acciones de corrección al resto de los órganos Estatales, entablar el dialogo, el coordi-

nar, supervisar y evaluar a las autoridades e instituciones demandadas, con el objetivo de garantizar ese amplio catálogo de derechos vigente que consagran sus constituciones.

Pues ante los retos actuales, en ambos países -donde existen graves violaciones a los derechos humanos- se requiere de un control con mayor precisión de aquellos que toman decisiones y de las instituciones públicas, pues su intervención no solo se limita a ser de mera revisión de la ley, sancionadora, o de simple aplicador de la norma jurídica; sino que los desafíos vigentes requieren que los jueces se conviertan en auténticos guardianes de los derechos humanos y exigir en todo momento la materialización de los mismos.

Esa exigencia se traduce en una mayor intervención e interacción con el resto de las autoridades mientras persista la amenaza; pues para superar esas fallas, se requiere de esfuerzos conjuntos dentro de un periodo de tiempo prolongado para desarrollar una importante reforma que permita dar tratamiento a los factores contextuales y estructurales que son límite en la materialización y efectividad de los derechos y aspiraciones constitucionales que cada nación se ha planteado alcanzar.

Si bien, en ambos desarrollos planteados se presentan ciertos retos clarificados en el cuerpo del texto, como lo son retrocesos en el uso del *structural injunction* por los tribunales estadounidenses y las falencias para alcanzar de manera ágil y eficaz el cumplimiento de las medidas ordenadas por la Corte Constitucional colombiana para superar la declaración de estado de cosas inconstitucional, depositamos al igual que lo hace Owen Fiss, nuestras creencias en “*el poder duradero del juez como instrumento de la razón en la vida pública*” (Fiss, *El derecho como razón pública*, 2007) pues en su trabajo se encuentra el salvaguardar una serie de valores que se contienen en la carta donde convergen los derechos más elementales del ser humano, nos referimos a la constitución. Por ello, es que en la *structural injunction* como en el ECI encontramos los instrumentos apropiados para transmitir las directivas reconstructivas o de reforma que sirven de remedio para eliminar las amenazas que algunas instituciones y autoridades representan para los valores de dimensión constitucional.

## Referencias bibliográficas

- Agenda oficiosa en la tutela, asociaciones de desplazados, Sentencia T-025/04 (Corte Constitucional de Colombia 22 de enero de 2004).
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad del Externado.
- Bower, A. (2012). Unconstitutionally Crowded: Brown V. Plata and How the Supreme Court Pushed Back to Keep Prison Reform Litigation Alive. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 555–567.
- Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (Supreme Court USA 31 de Mayo de 1955).
- Constituyente, A. N. (20 de julio de 1991). Constitución política de Colombia de 1991. Bogotá, Colombia: Senado de la República.
- D. Kmiec, K. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review* , 1442-1476.
- Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, Sentencia T-153/98 (Corte Constitucional de Colombia 28 de abril de 1998).
- Estado de cosas inconstitucional de la población desplazada, Sentencia T-025/04 (Corte Constitucional 22 de enero de 2004).
- Ferrajoli, L. (2002). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid, España,: Trotta.
- Fiss, O. (1979). The Supreme Court, 1978 Term—Foreword: The Forms of Justice. *Harvard law review*, 1-58.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Fiss, O. (2013). *Los mandatos de la justicia*. Madrid: Marcial Pons.
- Huertas Díaz , O., De Carli, A., & De Paula Soares, B. (2017). El estado de cosas inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y su aplicación en Brasil por la Corte Suprema. *Revista DIREITO UFMS* , 33-51.
- Huertas Díaz, O. (2015). Sistema penal y hacinamiento carcelario, Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombianas. *Revista jurídica Derecho*, 15-24.
- Landsberg, B. K. (2014). Does Prison Reform Bring Sentencing Reform? The Congress, the Courts, and the Structural Injunction. *McGeorge Law Review*, 749–774.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción* . Madrid: Trotta.
- Quinche Ramírez, M. F., & Rivera Rugeles , J. C. (2010). El Control Judicial

- De Las Políticas Públicas Como Instrumento De Inclusión De Los Derechos Humanos. *Vniversitas*, 113-137.
- Quintana, O. M. (2012). Dos décadas de la constitución del 91: cronología de una constitución sitiada. En *Memorias del XI Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. Bogotá: Universidad Libre.
- Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación*. Madrid: Marcial pons.
- Vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, Sentencia T-762/15 (Corte Constitucional 16 de diciembre de 2015).



