



Revista justicia, sociedad y derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Programa de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 2 Nro. 4 - Julio - Diciembre 2024 - Tunja, Colombia

ISSN: 2500-9389

ISSN: 2539- 1569 (En línea)

Periodicidad Semestral - Ediciones Universidad de Boyacá

La Revista Justicia, Sociedad y Derecho de Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Programa de derecho y ciencias políticas, esta indizada en:



REVISTA CIENTÍFICA
JUSTICIA, SOCIEDAD Y DERECHO
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Programa de Derecho y Ciencias Políticas

Ediciones Universidad de Boyacá
Cra. 2 Este No. 64 - 169
Teléfono 608 7450000
Telefax 608 7450044
Tunja - Boyacá - Colombia

Edición:
Corrección de texto y estilo:
Diseño de carátula:
Diagramación electrónica:

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, Offset o mimeógrafo (Ley 23 de 1982)

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de la Universidad de Boyacá.

POLÍTICA EDITORIAL

La Revista Justicia, Sociedad y Derecho, del Programa de Derecho y Ciencias Políticas patrocinada por la Universidad de Boyacá, es una publicación de carácter científico, con periodicidad semestral, dirigida a la comunidad académica, científica y universitaria interesada en áreas del derecho, las ciencias políticas, jurídicas y sociales, donde investigadores, docentes y estudiantes de los diferentes niveles académicos, expresan su pensamiento a través de su producción intelectual con origen en procesos académicos de investigación jurídica y socio-jurídica.

PÚBLICO OBJETIVO

La Revista está dirigida a profesionales, investigadores, docentes y estudiantes de las ciencias jurídicas y sociales.

PROPIEDAD INTELECTUAL DERECHOS DE AUTOR Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

La Revista Justicia, Sociedad y Derecho (JS&D) es una publicación de carácter semestral que sigue los términos de la licencia Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), la cual permite con una adecuada citación que los manuscritos sean usados de forma ilimitada, siendo esta publicación de acceso abierto. No obstante, se conservan los derechos morales de autoría de los investigadores sobre su artículo. En cuanto a los derechos patrimoniales o comerciales de publicación y los derechos de copia en todas las formas y medios conocidos, serán conservados por la Revista JS&D. Los datos personales de los autores que figuran en los manuscritos (nombres, direcciones de correo, ORCID y filiación), serán empleados únicamente para los fines declarados de divulgación científica por la revista.

AGRADECIMIENTOS

La Revista Justicia, Sociedad y Derecho del Programa de Derecho y Ciencias Políticas patrocinada por la Universidad de Boyacá, agradece a los profesionales nacionales e internacionales que han colaborado como evaluadores de los artículos recepcionados y a todo el equipo de publicaciones que apoya la edición

DIRECTIVOS UNIVERSIDAD DE BOYACÁ

Dr. Osmar Correal Cabral
Presidente

Dra. Rosita Cuervo Payeras
Rectora

Ing. MSc. Carlos Rafael Lara Mendoza
Vicerrector Académico

Dr. Camilo Correal Cuervo
Vicerrector Proyección Institucional y Administrativo y de
Infraestructura

Dra. Claudia Patricia Quevedo Vargas
Vicerrectora Investigación, Ciencia e Innovación

QCA. Mg. Alba Lorena Benavides Sierra
Directora de Sedes

Abg. Mg. Carolina Parra Fonseca
Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

SOLICITUD DE CANJE

Politeca - Universidad de Boyacá
Cra. 2 Este No. 64-169 - PBX: 608 7450000
Correo electrónico: politeca@uniboyaca.edu.co

DIRECTORA:

Mg. Carolina Parra Fonseca
ORCID 0000-0003-4366-3122

EDITOR:

Ph.D. (c) Mg. Giovanni Fernando Amado Oliveros
ORCID 0000-0002-6004-9418

COMITÉ EDITORIAL / COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Karla Eugenia Rodríguez Burgos. Universidad
Autónoma de Nuevo León - México. <https://orcid.org/0000-0003-2093-8146>

Dr. Francisco J. Gorjon Gómez. Universidad
Autónoma de Nuevo León - México. <https://orcid.org/0000-0001-5296-6454>

Dr. Andrés Botero Bernal. Universidad Industrial
de Santander - Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-2609-0265>

Dra. Aura Yolima Rodríguez Burbano. Universidad
de Santander - UDES - Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-6222-2974>

Dr. Fernando Mayorga García. Universidad del Rosario -
Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-3621-8912>

Dra. Gladis Isabel Ruíz Gómez. Universidad Simón Bolívar
- Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-4295-6014>

Dr. Jairo Antonio Enamorado Estrada. Universidad
Simón Bolívar - Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-6991-9811>

Dr. Porfirio Andrés Bayuelo Schoonewolff.
Universidad Simón Bolívar - Colombia. <https://orcid.org/0000-0001-8565-7447>

Dra. Olga Sofía Morcote González. Universidad de Boyacá
- Colombia. <https://orcid.org/0000-0001-9647-9017>

COLABORACIÓN EDITORIAL

Dra. Clara Inés Carreño Tarazona.
ORCID 0000-0002-2617-7360

Dr. Diego Fernando Rodríguez Casallas.
ORCID 0000-0002-0030-9265

AUTORES

Dr. Juan Camilo Franco Gómez.
ORCID 0000-0003-0120-3208.

Dr. Yehison Fernando Vargas Moreno.
ORCID 0000-0003-0261-1561.

Dra. Olga Sofía Morcote González.
ORCID 0000-0001-9647-9017

Dr. Juan Sebastián Bastidas Zárate.
ORCID. 0000-0002-1824-4041

Dr. José Gesto Rodríguez.
ORCID 0000-0001-9396-6020

Abg. Diego Alejandro Pico Torres.
ORCID. 0009-0000-8869-8818

CONTENIDO



PRESENTACIÓN ▶ 7-8

EDITORIAL ▶ 9-10

LA REIVINDICACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN ▶ 11-49
COLOMBIA: UNA MIRADA SUBJETIVA

Juan Camilo Franco Gómez

LA SUMA DE POSESIONES EN COLOMBIA. NEXO ▶ 50 - 67
JURÍDICO JURISPRUDENCIAL HACIA UN ESTÁNDAR DE
PRUEBA EN EL PROCESO DE PERTENENCIA

Yehison Fernando Vargas Moreno

Olga Sofía Morcote González

LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS EN EL SISTEMA PROCESAL ▶ 68-90
PENAL COLOMBIANO DE LA LEY 906 DE 2004

Juan Sebastián Bastidas Zárate

ESTADO MODERNO Y GOBERNABILIDAD ▶ 91-107

José Gesto Rodríguez

EL DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ▶ 108-127
Y LOS RETOS ACTUALES PARA SU EJERCICIO

Diego Alejandro Pico Torres

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES ▶ 128-129

<u>PAUTAS DE ESTILO</u>	▶ <u>130-137</u>
<u>INSTRUCTIONS TO THE AUTHORS</u>	▶ <u>138-139</u>
<u>STYLE GUIDELINES</u>	▶ <u>140-147</u>
<u>INSTRUÇÕES AOS AUTORES</u>	▶ <u>148-149</u>
<u>DIRETRIZES DE ESTILO</u>	▶ <u>150-157</u>

PRESENTACIÓN

La Revista Justicia, Sociedad y Derecho presenta en este número una serie de investigaciones y reflexiones académicas que abordan los desafíos contemporáneos en diversas áreas del derecho y las ciencias políticas. Este volumen ofrece un espacio para la discusión crítica sobre cuestiones fundamentales del sistema jurídico colombiano y su interacción con la sociedad.

En cada una de las investigaciones los autores proponen un análisis riguroso que invita a la reflexión sobre el desarrollo del derecho y su papel en la justicia social. El artículo “La Reivindicación del Servicio Público en Colombia: Una Mirada Subjetiva” explora la evolución del concepto de servicio público en Colombia, desde su concepción inicial como una función exclusiva del Estado hasta su mutación hacia una noción más amplia que incluye la participación privada bajo regulación estatal. El autor plantea una investigación genealógica que destaca como las nociones subjetivas y objetivas del servicio público han coexistido, armonizando el ejercicio de funciones estatales con la satisfacción del interés general.

El trabajo sobre “La Suma de Posesiones en Colombia: Nexo Jurídico Jurisprudencial hacia un estándar de Prueba en el Proceso de Pertenencia” analiza la jurisprudencia colombiana en torno a la figura de la suma de posesiones, un concepto clave en los procesos de pertenencia. A través de un examen detallado de la evolución jurisprudencial, los autores buscan establecer un estándar de prueba que unifique criterios en estos procesos, aportando una reflexión sobre el equilibrio entre la protección del derecho a la propiedad y los requisitos probatorios.

El artículo sobre “La Figura de los Preacuerdos en el Sistema Procesal Penal Colombiano de la Ley 906 de 2004” investiga la figura de los preacuerdos dentro del proceso penal en Colombia, introducida con la Ley 906 de 2004. Se discuten los beneficios y las críticas a esta figura desde una perspectiva tanto teórica como práctica, resaltando su impacto en la eficiencia del sistema judicial y su relación con los derechos de las partes involucradas.

Dentro de los artículos de reflexión los dos trabajos presentados en este número de la revista tratan temas importantes y de actualidad tal como el desarrollo del artículo “Estado Moderno y Gobernabilidad” el cual presenta una reflexión sobre el concepto de gobernabilidad en el estado moderno, abordando como las dinámicas políticas y sociales influyen en la administración pública y la estabilidad del gobierno. Se explora la relación entre el Estado, el poder y la legitimidad en un contexto de creciente complejidad social y económica.

De igual forma el artículo sobre “El Derecho al Acceso a la Administración de Justicia y los Retos Actuales para su Ejercicio” analiza los desafíos contemporáneos para el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia. El autor examina las barreras estructurales y sociales que limitan el acceso de la ciudadanía a la justicia, proponiendo soluciones para mejorar la eficiencia y equidad del sistema judicial en Colombia.

Esta edición de la revista reafirma su compromiso con la reflexión crítica sobre los problemas jurídicos y sociales que afectan a la ciudadanía. Los artículos seleccionados en este volumen contribuyen a enriquecer el debate académico y ofrecen propuestas para la mejora del sistema jurídico colombiano, siempre con miras a una mayor justicia social y equidad.

Rodrigo Correal Cuervo
Vicepresidente Consejo Directivo



EDITORIAL

En nombre del equipo editorial de la Revista Justicia, Sociedad y Derecho, del Programa de Derecho y Ciencias Políticas patrocinada por la Universidad de Boyacá, presentamos el Volumen 2 número 4, manifestando un sentimiento de profunda gratitud con los autores que han contribuido con sus artículos resultado de investigación, así como de sus reflexiones académicas contenidas en el presente número. En tal sentido, la Revista Justicia, Sociedad y Derecho, se proyecta como un escenario de reflexión crítica en la interpretación de las problemáticas que afectan a la ciudadanía en general.

Las temáticas propuestas por los autores del presente número inician con resultados de investigación con el artículo *la Reivindicación del Servicio Público en Colombia: una Mirada Subjetiva. Seguidamente, la suma de posesiones en Colombia. Nexo jurídico jurisprudencial hacia un estándar de prueba en el proceso de pertenencia. A continuación, la figura de los preacuerdos en el Sistema Procesal Penal Colombiano de la Ley 906 de 2004. Después, Estado moderno y gobernabilidad. Finalmente, el derecho al acceso a la administración de justicia y los retos actuales para su ejercicio.* Contribuciones que desde el ejercicio investigativo y de reflexión, contribuyen al desarrollo del derecho desde el punto de vista administrativo, penal, procesal penal, civil, probatorio y en general, al acceso de la Administración de Justicia.

El presente número, se muestra como un espacio independiente, auspiciado por la Universidad de Boyacá, por intermedio del programa de

Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en el afán de fortalecer la actividad académica en torno a las problemáticas que impactan en las ciencias jurídicas y la vida de los ciudadanos.

La invitación a continuar en la reflexión continua de pensar e interpretar el mundo queda abierta, en el entendido que es la academia y la universidad entendida como "*universalidad*" el escenario en el cual se pasa de la reflexión a la acción, para la construcción de sociedades cada vez más equitativas y justas. Por ello el nombre de Justicia, Sociedad y Derecho.

Ph.D. Diego Fernando Rodríguez Casallas. Universidad de Boyacá
- Colombia

LA REIVINDICACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA: UNA MIRADA SUBJETIVA

THE REINVIDICATION OF PUBLIC SERVICE IN COLOMBIA: A SUBJECTIVE VIEW

A REIVINDICAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO NA COLÔMBIA: UMA VISÃO SUBJETIVA

RESUMEN

El servicio público es la "*pierre angulaire*" del derecho administrativo, aunque ha cedido terreno por la forma en que ha sido entendida y aplicada a lo largo del desarrollo histórico del ordenamiento jurídico colombiano. Inicialmente fue entendida como cualquier actividad del Estado –servicio público subjetivo–, pero con su evolución se entendió como todo tipo de actuaciones que tienden a satisfacer el interés general dentro de un mercado regulado –servicio público objetivo–. No obstante, la distinción de ambas nociones más que antagonistas parecen complementarias, pues permiten armonizar cómo el ordenamiento jurídico colombiano dispone de ambas para el ejercicio de sus funciones y la satisfacción del interés general; es por ello que se plantea como pregunta de investigación ¿cómo mutó el servicio público subjetivo en Colombia? El objetivo principal consiste en demostrar la existencia del servicio público subjetivo y diagnosticar su mutación desde aspectos netamente teóricos, razón por la cual se utilizó como método documental bibliográfico realizado en trabajo de escritorio bajo una estructura explicativa de análisis cualitativo de fuentes doctrinales, jurisprudenciales y legales. Esto permite dilucidar como aporte al conocimiento un entendimiento amplio del servicio público, y permite concluir la interrelación que aún mantiene con el derecho administrativo.

Palabras clave: servicio público; subjetivo; objetivo; genealogía; ley; jurisprudencia.

Juan Camilo Franco Gómez¹

<https://orcid.org/0000-0003-0120-3208>

¹ Abogado de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia; magister en Derecho Administrativo, de la misma Universidad; magister en Fiscalidad Internacional, de la Universidad Internacional de la Rioja. Actualmente, asistente graduado (becario Ph. D.), de la Universidad del Rosario. Investigador adscrito al grupo de investigación en Derecho Público, de la misma Universidad. Correo electrónico Juancafranco23@hotmail.com, juanc.franco@urosario.edu.co. ORCID 0000-0003-0120-3208.

Artículo de resultado de investigación

Fecha recibido: 09/11/2022

Fecha aceptado: 06/02/2023

Cómo citar:

Franco, J. (2024). La reivindicación del servicio público en Colombia: una mirada subjetiva. *Justicia, sociedad y derecho*, 2(4), 11-49. doi: <https://doi.org/10.24267/25009389.891>



ABSTRACT

Public service is the “*pierre angulaire*” of administrative law, however, it has lost ground due to the way it has been understood and applied throughout the historical development of the Colombian legal system. Initially it was understood as any activity of the State -subjective public service-, but with its evolution it was understood as all kinds of actions that tend to satisfy the general interest within a regulated market -objective public service-, notwithstanding, the distinction of both More than antagonistic notions, they seem complementary, since they allow harmonizing how the Colombian legal system has both for the exercise of its functions and the satisfaction of the general interest, which is why it is posed as a research question: How did the subjective public service mutate into Colombia? The main objective is to demonstrate the existence of the subjective public service and diagnose its mutation from purely theoretical aspects, which is why it was used as a bibliographic documentary method carried out in desk work under an explanatory structure of qualitative analysis of doctrinal, jurisprudential and legal sources. This allows elucidating a broad understanding of public service as a contribution to knowledge and allows us to conclude the interrelationship that it still maintains with administrative law.

Keywords: Public service; subjective; objective; genealogy; Law; Jurisprudence.

RESUMO

O serviço público é o “*piere angulaire*” do direito administrativo, embora tenha cedido devido à forma como foi compreendido e aplicado ao longo do desenvolvimento histórico do sistema jurídico colombiano. Inicialmente era entendida como qualquer atividade do Estado – serviço público subjetivo – mas com a sua evolução passou a ser entendida como todo o tipo de ações que tendem a satisfazer o interesse geral num mercado regulamentado – serviço público objetivo. No entanto, a distinção de ambas as noções parece complementar e não antagónica, uma vez que permitem harmonizar a forma como o sistema jurídico colombiano dispõe tanto para o exercício das suas funções como para a satisfação do interesse geral; É por isso que se coloca a questão de pesquisa: como ocorreu a mutação do serviço público subjetivo na Colômbia? O objetivo principal é demonstrar a existência do serviço público subjetivo e diagnosticar sua mutação a partir de aspectos puramente teóricos, razão pela qual foi utilizado como método documental bibliográfico realizado em trabalho documental sob uma estrutura explicativa de análise qualitativa de dados doutrinários, jurisprudenciais e fontes legais. . Isto permite elucidar como contribuição ao conhecimento uma compreensão ampla do serviço público, e permite concluir a inter-relação que este ainda mantém com o direito administrativo.

Palavras-chave: Serviço público; subjetivo; mirar; Genealogia; lei; jurisprudência.

INTRODUCCIÓN

Este artículo nace de la investigación que realizó el autor en el Doctorado en Derecho en la Universidad del Rosario, en su calidad de estudiante doctoral, en donde tiene como proyecto de investigación el servicio público subjetivo en Colombia, por lo que en el presente escrito se abordará una visión genealógica reflexiva y crítica en torno al servicio público como género entendido en su concepto amplio y, posteriormente, distinguiendo las características del aspecto subjetivo del servicio público desde su genealogía.

La construcción del Estado colombiano denota una gran influencia constitucional de la Revolución inglesa (García Villegas & Jaramillo, 2006), norteamericana y, especialmente, francesa, con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Brewer-Carias, 2017) y con la teoría de pesos y contrapesos de las ramas del poder público (Secondat, 1906). El origen de la influencia francesa en los inicios del ordenamiento jurídico colombiano se da en dos momentos: el primero de ellos es con el *Círculo Literario Arcano*, fundado en 1789, por Antonio Nariño (Hoyos E., 2013), quien en 1793 tradujo la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Granados S. J., 1947); el segundo momento es con la *Gran Logia Americana*, fundada en 1797, por Francisco de Miranda -quien tuvo participación directa en la Revolución francesa- En esta Logia participaron Simón Bolívar y José de San Martín, los principales libertadores de América del Sur (Hispano, 1924). Ambas asociaciones tienen

un factor determinante y que tendrá plena relación con la teoría del servicio público: la fraternidad.

Sobre la Revolución francesa y la influencia en el origen del ordenamiento jurídico colombiano, se debe destacar que las ideas políticas y sociales influenciarían tanto a León Duguit como a Emile Durkheim a finales del siglo XIX en la *Escuela de Burdeos* (Duguit, 2011), escuela creadora de la teoría servicio público como piedra angular del Derecho Administrativo, por ser la finalidad misma del Estado (Chevallier, 2011). Esta teoría del servicio público de la *Escuela de Burdeos* fue a su vez objeto de un trasplante jurídico con la reforma constitucional social que se llevó a cabo en Colombia en 1936 (Mercado, 2015).

Como es sabido, la teoría que mantuvo vigencia en Colombia durante el siglo XIX para la justificación de la existencia del Estado fue la del bien común (Rousseau, 1983). No obstante, con la reforma de 1936, este paradigma evolucionó para entender que la existencia del Estado se enmarca en el establecimiento de un orden social justo, imponiéndole a este deberes sociales acordes a su propia finalidad (Congreso de la República, 1936). Desde un punto de vista altruista, se podría pensar que Colombia con dicha reforma matizó la brecha de un Estado de Derecho que solo se interesaba por derechos sociales derivados de la guerra a un Estado Social de Derecho (Villar Borda, 2007) que se interesaba por abrigar un campo más amplio de derechos subjetivos, como la educación y el trabajo, enmarcándolos dentro de las finalidades del Estado.



Este tipo de deberes sociales en cabeza del Estado que buscaban proteger los derechos subjetivos se denominaron servicio público en el *Código Sustantivo del Trabajo* (Congreso de la República, 1951), e incluían las actividades de las ramas del poder público, transporte, servicios públicos domiciliarios, establecimientos sanitarios, asistencia social, caridad y beneficencia, abastecimiento, aseo y transporte de combustibles. Estas actividades de servicio público tuvieron una noción conceptual desde una óptica legal entendida como “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directamente o por personas privadas” (Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, 1994, pág. 174).

Conforme a esta visión, encontramos que la noción del servicio público es el desarrollo de unas actividades relacionadas a la satisfacción de necesidades de interés general. Sin embargo, Colombia adoptó la noción de *establecimientos públicos* en la integración de la Rama Ejecutiva en 1968 (Vidal Perdomo, 2004), cambiando sustancialmente la noción de servicio público al introducir las *Empresas Industriales y Comerciales del Estado* y las *Sociedades de Economía Mixta* al ordenamiento jurídico. Se debe resaltar que dicha integración de la Rama Ejecutiva se hizo tardíamente en Colombia, ya que el Consejo de Estado francés

dictó el fallo *Arret bac d'Eloca*¹ en 1921 (Romero Pérez, 2015), el cual inició la crisis del servicio público, permeando el abandono de la teoría de Burdeos y desarrollando el *ius imperium*, donde se regularía la prestación del servicio público (Navarro, 2018).

Nótese que nuevamente evoluciona el paradigma que justifica la existencia del Estado, ya que la finalidad de establecer un orden social justo sería un deber propio indirecto, dejando de ser concebido como un deber directo en la noción del servicio público de la *Escuela de Burdeos*, transformándose a ser a través de la regulación y el ejercicio de las actividades de Policía más cercanas a la teoría de Maurice Hauriou (Rivero, 2002) –enmarcadas dentro de la vigilancia, inspección y control a estas actividades (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)–, incluso sobre los establecimientos públicos del propio Estado (Congreso de la República, 1994).

El profesor Georges Vedel distingue con suficiente precisión la determinación conceptual del servicio público en dos vertientes, caracterizada de forma primaria por el criterio orgánico con ocasión a quien lo presta (Vedel, 1980, pág. 688); la primera implica un *servicio público objetivo*, en donde “un organismo que no tiene el carácter de derecho público está encargado de una misión de interés general” (p.

¹ El fallo en mención tuvo como hechos el naufragio de una embarcación francesa que transportaba mercancía desde Francia a Costa de Marfil; por dicho naufragio, un propietario de vehículos demandó al Estado francés la reparación de perjuicios; no obstante, el caso pasó al Tribunal de Conflictos, y allí se decidió que por tratarse de una actividad de servicios públicos industriales o comerciales correspondería a la jurisdicción ordinaria.

690), mientras que la segunda conllevaría un *servicio público subjetivo*, que plantea “una actividad es asumida por una colectividad pública” (p. 688), ambas vertientes tienen por objeto la satisfacción del interés general (Giannini, 1991). Por lo que tanto el servicio público subjetivo como el objetivo han permitido matizar su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano.

Con base en lo anterior, se plantea como pregunta de investigación ¿cómo mutó el servicio público subjetivo en Colombia? El objetivo principal consiste en demostrar la existencia del servicio público subjetivo, y diagnosticar su mutación desde aspectos netamente teóricos, razón por la cual se utilizó como método documental bibliográfico, realizado en trabajo de escritorio, bajo una estructura explicativa de análisis cualitativo de fuentes doctrinales, jurisprudenciales y legales. Esto permite dilucidar como aporte al conocimiento un entendimiento amplio del servicio público, y permite concluir la interrelación que aún mantiene con el derecho administrativo. Dicho esto, el esfuerzo teórico está estrictamente orientado a demostrar argumentalmente la existencia del servicio público subjetivo, por lo que será necesario observar cómo ha sido tratado el concepto de servicio público a partir: (i) La doctrina; (ii) la jurisprudencia, y (iii) la Ley. Finalmente, se llegará a conclusiones relevantes respecto del análisis propuesto, y quedará demostrada la existencia del servicio público subjetivo, por lo que se genera así un concepto amplio para determinar la reivindicación de este.

EL SERVICIO PÚBLICO EN LA DOCTRINA

El servicio público ha tenido una construcción doctrinal muy álgida y ha sido allí donde se han dado los más grandes aportes a su construcción teórica; es por ello que resulta necesario hacer una aproximación conceptual del servicio público en el entendido dogmático para analizar el sentido del presente trabajo de investigación y comprender razonablemente la mora que adeuda la doctrina en la consolidación de la esencia del Estado.

Como se indicó anteriormente, la Revolución francesa planteó tres principios básicos: libertad, igualdad y fraternidad; se deberá llamar la atención en la fraternidad, que a la postre supeditaría la solidaridad como precepto fundamental en los servicios públicos. La construcción del ordenamiento jurídico francés a partir de la Revolución se vio arraigada por la codificación, en un primer momento en el *Código Civil de Napoleón*, de 1804 (Malagón Pinzón, 2005), en lo que refiere particularmente al derecho privado, y, en un segundo momento, los cimientos establecidos por Charles-Jean Bonnin en los *Principios de la Administración Pública*, de 1808, en lo que se refiere a la ciencia de la administración en el derecho público (Fuenmayor de Fernandez, 2019)².

² Se deberá hacer una precisión histórica doctrinal, Charles-Jean Bonnin se apalancó de la gran reforma fiscal abanderada por Anne Roberto Jacobo Turgot, en defensa del Régimen absolutista monárquico hasta 1776, la cual se fundamentaba en el fortalecimiento de la municipalización (Miguel, 2000).



Es pertinente hacer una breve pausa en Bonnin, ya que en primer lugar mantuvo vigente la postura de Jean Bodino en la soberanía popular, evolucionando dicho concepto al interés público como fundamento del Estado. En segundo lugar y, como consecuencia del despotismo judicial en la etapa prerrevolucionaria (Brewer-Carias, 2017), los ánimos franceses condenaron la Justicia a ser la “*boca de la ley*” (García Villegas & Lejeune, 2010), lo cual implicó que el esfuerzo doctrinal diferenciara la administración del gobierno, la legislación y la justicia. Bonnin concibió cada uno de estos conceptos de forma distinta desde una óptica política, por *legislación* entendió la voluntad política en sí misma; por *administración* entendió “la ejecución de la voluntad política”, como la unidad de un cuerpo político; por *gobierno* “la vigilancia de la ejecución de la voluntad política”, y por *justicia* “el ojo de vigilancia que impide que se rompan los eslabones”, desde un aspecto particular. Así las cosas “La administración y la justicia son los dos órganos por los cuales recibe la comunidad la ejecución de las leyes” (Bonnin, 1983).

Estos dos elementos: interés público y distinción entre Administración y Justicia jugarán un papel preponderante en la construcción de la teoría del servicio público. Al respecto del interés público se debe indicar que en un primer momento resulta interesante ver que el soberano era el centro de la sociedad en la etapa prerrevolucionaria, por lo que la concepción social de felicidad a los súbditos prevista por Maquiavelo para mantener el poder era una teoría ampliamente entendida. No obstante, en *El príncipe* (Maquiavelo, 1513/2008), en un segundo momento el soberano dejó de ser el centro de la sociedad y

pasó a serlo el hombre mismo, por lo que el concepto de felicidad –abonado por el concepto de soberanía popular– evolucionó al de interés público, y el poder repartido en ramas tendría que buscar la satisfacción de dicho interés público. Así mismo, las ideas de interés público en Francia serían afianzadas por las doctrinas³ de Auguste Comte en 1826, en el curso de Filosofía Positiva –supedita la sociología a condiciones de la física social o a conductas, bajo el análisis de actividades virtuosas o viciosas– (Comte, 1875) y de Durkheim, en 1895, en que concibió la esencia del Estado en la construcción de la moral social para lograr una sociedad justa (Durkheim, 1997).

Por otro lado, la distinción entre Administración y Justicia prevista por Bonnin se matizaría en el famoso *Arret Blanco*, de 1873, emanado por el Tribunal de Conflictos (Boletín Oficial del Estado, 2017). Así, antes de entrar a definir los avances característicos de dicho fallo, es menester entender que este fue un hito en materia de *Responsabilidad del Estado* y de *Función Administrativa*, ya que vía jurisprudencia se desmarcó de la Ley 16 al 24 de agosto de 1790⁴ (Misión de Cooperación Técnica en Colombia, 2008) que imponía la separación de jurisdicciones. Fue un

3 Junto a Comte también estuvieron Henry de Saint-Simon, padre del concepto de la filosofía positiva –entendida hoy como sociología– y Herbert Spencer, que planteó la tesis del Individuo contra el Estado, buscando contraponer un punto intermedio entre el individualismo y el socialismo como conceptos filosóficos y no como corrientes políticas.

4 La mencionada ley dispone: “Las funciones jurídicas son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar, en manera alguna, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones” (Misión de Cooperación Técnica en Colombia, 2008).

avance en materia de Responsabilidad del Estado, ya que planteó que el Estado que con ocasión a los daños ocasionados a particulares podría responder ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y, a su vez, distinguió la teoría de la *Función Administrativa* exclusivamente como la del *servicio público*, dándole un criterio de competencia administrativa.

En este contexto nace la famosa Escuela de Burdeos, en cabeza de León Duguit, quien fue influenciado por tres preceptos: (i) la teoría social de Durkheim –quien fue su compañero de cátedra en Burdeos y que a su vez estaría influenciado por Comte–; (ii) la teoría del servicio público del *Arret Blanco*, donde se dispondría la delimitación de la *función administrativa al servicio público*, y (iii) la teoría del interés público de Bonnin, teniendo de antesala la soberanía popular de Bodino, y que a su vez sería parte del ADN legal francés. Sobre estos tres elementos se debe exaltar con especial atención la teoría del interés público y las teorías sociales de Durkheim, que consolidaría Duguit, como solidaridad (Duguit, 2011) dentro de uno de los principios de la Revolución francesa: la fraternidad.

Sobre Duguit debemos distinguir que su teoría fue extremadamente bien conceptualizada por el profesor Jaime Orlando Santofimio, que distingue los elementos de su doctrina *realista*, que rompe la metafísica jurídica; *objetiva*, porque se aleja de la concepción de derechos subjetivos y aborda el servicio público a partir de nociones materiales, y *positiva*, porque parte de la conceptualización legal del servicio público, manteniendo una aproximación socioló-

gica netamente (2011) y justificando la existencia del Estado a un criterio contractual, pero no de derechos subjetivos como lo plantea Rousseau (1983) en *El contrato social*, sino más bien para derechos objetivos de satisfacción de necesidades básicas de la autodeterminación de la soberanía nacional (Duguit, 2011). Así entonces, Duguit, aprovechándose del *Arret Blanco* que responsabilizaba al Estado por una falla en el servicio, conceptualizó el servicio público como la esencia del Estado, debiendo su origen a la satisfacción de necesidades sociales a partir de la autodeterminación social y que dicha función estatal debe estar enfocada en la sociedad bajo criterios netamente solidarios.

Finalmente, sobre esta conceptualización de la *Escuela de Burdeos*, se debe indicar que fue Gastón Jéze quien puntualizó el servicio público, abrigándolo con dos características básicas que hubiere dejado de legado su maestro León Duguit en la conceptualización del servicio público: (i) el reconocimiento de un interés general a partir del cumplimiento de necesidades sociales y (ii) que haya sido disposición legal que este interés general pretenda ser satisfecho por el Estado en cabeza de un servicio público (Jéze, 1928). Debe distinguirse aquí una connotación relevante, los servicios públicos podrían ser prestados directamente por el Estado o por particulares por medio de los establecimientos de utilidad pública, que siendo de naturaleza privada gozaban de prerrogativas estatales para que realizaran el servicio público.

Aquí surge entonces un paralelo entre León Duguit y su pupilo Gastón Jéze en contraposición de Maurice

Hauriou, quien desarrollaría el servicio público bajo una óptica subjetiva. No obstante, es de gran importancia mencionar que Hauriou se apalancó de la construcción social-jurídica realizada por L. Duguit (Hauriou, 1918), pero su óptica fue más evolucionada en los aspectos subjetivos, lo primero fue la conceptualización de la existencia del Estado a partir del poder (Loughlin, 2017) y lo segundo es que aterrizó la idea de la satisfacción del interés general propuesta por L. Duguit y G. Jéze, que concebía que cualquier acto que implicara satisfacción del interés general sería considerado servicio público, pues Hauriou estableció que la “organización y funcionamiento de los servicios públicos generales o locales constituyen una operación administrativa” (Romero Pérez, 2015), aplicando el criterio definido *Arret bac d’Eloca*. Finalmente, se debe distinguir que M. Hauriou mantuvo la postura inicial del fallo *Arret Blanco* al considerar que la Función Administrativa se denotaría a partir del criterio subjetivo del servicio público, pero limitándola a la organización y funcionamiento Estatal.

Hasta este momento tenemos doctrinalmente que se desarrollan dos posturas en cuanto al servicio público, la primera en cabeza de L. Duguit, a partir del *Arret Blanco* (1873), que se compone de dos elementos (i) la satisfacción del interés general y (ii) reconocimiento legal, y la segunda, en cabeza de M. Hauriou, a partir del fallo *Arret bac d’Eloca* (1921), que también se compone de dos elementos básicamente: (i) la satisfacción del interés general a partir del poder estatal -policivo-, y (ii) organización y funcionamiento de los servicios públicos como operaciones administrativas. En el interregno de estas dos teorías nacería

la crisis de los servicios públicos, en el entendido de que ciertas actividades industriales y comerciales no se encontrarían en cabeza del Estado, por lo que no sería su deber la prestación del servicio público, pero sí su regulación -lo que haría contrasentido a la *Escuela de Burdeos*-. Ahora bien, es necesario también mantener la idea de Bonnin al diferenciar la Administración de la Justicia, ya que la finalidad del servicio público de L. Duguit y de M. Hauriou busca la satisfacción del interés general como *pierre angulaire* del Derecho Administrativo (Montaña Plata, 2005, pág. 135); sin embargo, resultará un criterio determinante para distinguir las actividades judiciales de las administrativas.

Resulta oportuno llamar la atención brevemente entre L. Duguit y M. Hauriou en una diferencia inicial, Duguit parte de ser un autor que busca positivizar, mientras que Hauriou parte de ser un autor que busca subjetivizar, y ambos se encuentran en posturas contrarias. Según Carl Schmitt (Loughlin, 2017), esta connotación tendrá relevancia en la construcción social objetiva de la metafísica que describe Schmitt (2009) en la *Tiranía de los valores*, pues Duguit busca objetivizar, pero se queda en lo abstracto. Lo relevante será pues que L. Duguit tiene un punto de partida subjetivo -interés general-, y construye su teoría estableciendo que todo lo que conlleve interés general será servicio público, mientras que M. Hauriou tiene un punto de partida subjetivo -poder del Estado-, construye su teoría estableciendo el Estado a partir de sus prerrogativas de policía y vigilar del servicio público.

Ahora bien, antes de aproximarnos al contexto colombiano, es pertinente referir otros autores como Rolland y Chevallier, que realizarían unos aportes conceptuales al servicio público, el primero aproximaría las reglas de continuidad, mutabilidad e igualdad (Calafell, 1988), y el segundo abordaría la contractualización del servicio público originada por la función reguladora del Estado en la economía (Chevallier, 2018). Es necesario indicar que entre Duguit y Hauriou, la tesis abordada en el ordenamiento jurídico francés fue la de Hauriou, habida cuenta de que el *Arret bac d'Eloca* entendería la función de las actividades industriales y comerciales como un servicio público en cabeza de particulares y no del Estado, limitando así la teoría abstracta de Duguit que recaía sobre el interés general. Sin embargo, quien influyó en el ordenamiento jurídico colombiano fue Duguit, con la reforma constitucional de 1936 (Mercado, 2015).

Es oportuno llamar la atención en la mora que existe en la doctrina colombiana respecto del objeto de la presente investigación. Se ha indicado que el servicio público cuenta dos grandes vertientes: la primera en cabeza de Duguit, que establecía que la finalidad del Estado es la satisfacción del interés general por medio del servicio público; esta será considerada como el *servicio público subjetivo*, fundamentada en quién realiza la actividad, y la segunda, en cabeza de Hauriou, que establecía que la finalidad del Estado es la satisfacción del interés general por medio del poder de policía -regulación-; esta será considerada como el *servicio público objetivo* fundamentada en cómo se realiza la actividad. La mora de la doctrina

consiste en que se ha desarrollado de sobremanera el servicio público objetivo, especialmente en la regulación económica. No obstante, hay actividades que se encuentran en cabeza del servicio público subjetivo, pero bajo una hegemonía estatal, sin quién regule o vigile el cumplimiento del interés general como ocurre con el servicio público objetivo.

Colombia introduce la noción del servicio público de Duguit especialmente en el Acto Legislativo de 1918 y en el de 1936 (Franco, 2017), particularmente en este último, aunque las nociones doctrinales al respecto de esta teoría serían reflejadas en los conceptos de Carlos H. Pareja, Jaime Vidal Perdomo y Libardo Rodríguez. Al respecto Pareja establece que el "Derecho Administrativo es sustancialmente el derecho de los servicios públicos" (Barreto R., 2010), haciendo alusión a los intereses sociales y al ejercicio de los servidores públicos; Vidal Perdomo, en cambio, ha reconocido una evolución del servicio público en la cual inicialmente se buscaba la felicidad de los gobernados pasando a la satisfacción del interés general con actividades a cargo del Estado o de particulares a partir de la reforma de 1968 (Vidal Perdomo, 1994); finalmente, Libardo Rodríguez aproxima la construcción del servicio público al cumplimiento de las finalidades del Estado, con la realización de actividades de naturaleza pública (Rodríguez, 2005). Esta construcción teórica la van a complementar en lo que lleva este siglo Jaime Orlando Santofimio y Alberto Montaña Plata.

De lo anterior, se resalta que Colombia se encuentre a la vanguardia de la teoría del servicio público, en un primer momento abordando la teoría de Duguit, con la reforma social de 1936, y en un segundo momento, aunque un poco atrasada doctrinalmente hablando, la teoría de Hauriou, en la reforma administrativa de 1968. Interesa indicar que Hauriou terminaría siendo el gran constructor del modelo administrativo vigente, al subsumir la teoría del servicio público en el poder de policía -regulación y vigilancia- previstos por el profesor Jean Rivero (2002).

EL SERVICIO PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA: DESARROLLO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL

Tal y como se pudo apreciar en el acápite anterior, la construcción del concepto actual del servicio público ha tenido un aporte doctrinal y jurisprudencial determinante; en consecuencia, durante este escrito, se ha hecho referencia al *Arret Blanco* y *Arret Bac d'Eloca* que, desde el ordenamiento jurídico francés, ha creado y delimitado el concepto de servicio público en la jurisprudencia, haciendo énfasis en la maleabilidad del concepto y particularmente observando la influencia francesa de dicha institución en Colombia. Así las cosas, en el presente título abordará la delimitación jurisprudencial del Consejo de Estado y de

la Corte Constitucional a dicha figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como punto de partida, se debe distinguir que la Corte Constitucional fue concebida de forma independiente en la Constitución Política de 1991, mientras que el Consejo de Estado, como órgano, fue establecido en el Acto Legislativo 1.º de 1914 (Congreso, 1914), lo que permitirá ver la construcción del servicio público desde dos perspectivas: la primera perspectiva es la contenciosa, la cual se ha enfocado en la construcción semántica del concepto de servicio público; mientras que una segunda perspectiva es la constitucional, la cual se ha enfocado en la construcción filosófica de los principios democráticos sujetos a la política estatal (Dworkin, 2012).

Corolario a lo indicado a lo largo de este escrito, el título de imputación denominado *falla en el servicio* ha denotado la construcción del concepto de servicio público en el entendido de la actuación estatal y la responsabilidad que le asiste a los actos que este realiza, así las cosas, el marco jurisprudencial del Consejo de Estado colombiano también realizó dicha construcción teórica. La responsabilidad del Estado por el servicio prestado fue la primera forma de reconocimiento de reparación vía jurisprudencial, y tuvo desarrollo en la segunda década del siglo XX

respecto a los actos de guerra –soldados fallecidos⁵– y en actos de expropiación⁶; no obstante, el concepto de servicio público se desarrollaría en materia fiscal y contractual.

Así las cosas, el Consejo de Estado en 1918 (Fallo del 2 de octubre) estableció que el impuesto al tabaco previsto en la Ley 4.^a de 1913 era una facultad de las asambleas establecerlo para la atención del servicio público en cuanto a la relación de tender los gastos de la *administración pública*; esto es de suma impor-

5 La *guerra de los Mil Días* (Meisel R., 2017), que dejó más de 100.000 muertes, fue el origen de las primeras sentencias de responsabilidad del Estado emanadas por el Consejo de Estado en su Sala Contenciosa. Dentro de estas sentencias encontramos que durante 1915 se dictó la sentencia (Consejo de Estado, Rad. 013-12), mediante la cual se les reconoció a las hijas de un suboficial la reparación por la muerte de este en dicha guerra, por encontrarse al servicio del Gobierno al momento de contraer la fiebre amarilla que le causaría la muerte. Esta constante de reconocimiento de responsabilidad del Estado se reiteró en 1917, reconociendo el estatus de Servicio del Gobierno; allí encontramos: sentencia (Consejo de Estado, Rad. 06-16) que reconoció la reparación a una viuda de un teniente fallecido en una operación militar en 1902 en defensa del Gobierno; así mismo, la sentencia (Consejo de Estado, Rad. 04-26) que reconoció la reparación a la madre de un capitán muerto en combate en defensa del Gobierno, y la sentencia (Consejo de Estado, Rad. 06-23) que reconoció la reparación a una viuda y a sus hijos por el fallecimiento de un teniente fallecido en defensa del Gobierno, entre otras sentencias que reiteraron dicha construcción de responsabilidad.

6 Así mismo, para el contexto de la *guerra de los Mil Días*, el marco de las expropiaciones también fue una constante de responsabilidad del Estado, motivo por el cual en 1918 se dieron varias demandas que responsabilizaron al Estado bajo el argumento de haberse expropiado en favor del Servicio del Gobierno; este argumento se replicó en las sentencias: (Consejo de Estado, Fallo del 14 de octubre) por la expropiación de unas reses; (Consejo de Estado, Fallo del 20 de noviembre), por la expropiación de unos caballos para la guerra, y (Consejo de Estado, Fallo del 3 de diciembre), por la expropiación de cien cabezas de ganado, veinte caballos y ocupación temporal de una vivienda, entre otras sentencias que reiteraron la expropiación como un acto reparable por enmarcarse dentro de actos en favor del Servicio del Gobierno.

tancia ya que determinaría la primera aproximación al servicio público, entendiéndola como las actuaciones de la *Administración Pública*. Por otro lado, el Consejo de Estado indicó que un concesionario no tenía la obligación de dar un puente al servicio público siempre que este no haya sido debidamente pagado por el Estado (Fallo del 28 de agosto, 1918); lo resaltable de este último fallo es el concepto del servicio público, pues mientras en materia fiscal entendía el servicio público como la función pública, siendo más próxima a la teoría de León Duguit, vista en el título anterior, en materia contractual entendía el servicio público como una función propia al interés general, pero se alejaba del carácter social de la propiedad, por ello fue que el bien no se entregó al uso de la población hasta tanto no lo reconozca pecuniariamente el Estado.

Esta falta de claridad conceptual del servicio público y, a su vez, la confusión con la *administración pública*, en el entendido de que todo aquello que se considera actuación administrativa era servicio público perduraría hasta 1937, pues el Consejo de Estado determinaría que la Caja de Previsión Social de Bogotá se consideraría como un *cuerpo auxiliar* de un servicio público, lo que ampliaría el margen de aplicabilidad del servicio público enmarcándolo en establecimientos públicos (Fallo del 23 de abril), es decir, hasta el año 1937 entenderíamos el servicio público como una función administrativa, una actividad comercial realizada por el Estado, en cabeza de los establecimientos públicos y, a su vez, como la satisfacción del interés general. Sin embargo, en este

momento histórico, el servicio público fue ajeno a las actividades de vigilancia, inspección y control⁷.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, bajo la influencia de la reforma constitucional de 1936, se vio ampliamente reflejada en 1939 vía jurisprudencia (Fallo del 28 de marzo), mediante la cual se estudió la figura de los servicios públicos condicionados, estableciendo que el Estado podría intervenir en las empresas privadas para realizar las acciones de regulación del marco tarifario de energía eléctrica y acueducto, bajo la Ley 109 (1936). Con dicho cambio normativo y entendimiento jurisprudencial, se dio un cambio de paradigma en materia de *servicios públicos*, pues el panorama previo esgrimía que este se encontraba en cabeza del Estado como establecimientos públicos y, posteriormente, entendió que el servicio público consistía en la satisfacción del interés general⁸, y que el papel del Estado sería su regla-

mentación⁹. A pesar del cambio de paradigma jurisprudencial de 1936, la supeditación de la ideología francesa del servicio público con la *función pública*¹⁰ continuó vigente, salvo algunos casos particulares¹¹.

El servicio público va a tener una conceptualización jurisprudencial más interesante en 1949, mediante el fallo con radicado 0126 (Consejo de Estado), donde establecería que la Autoridad Administrativa tiene una doble misión: (i) Velar por la riqueza pública y su debida inversión mediante los servicios públicos, siendo el Estado el gerente o intendente en dicha prestación, y (ii) ser depositaria de la autoridad del poder mediante la regulación y la policía¹². Nótese

7 Es menester indicar que el Consejo de Estado en algunas sentencias se refirió a las actividades de vigilancia o inspección –entendiéndolas como una misma–, pero en algunos asuntos particulares como las inversiones estatales en empresas privadas (Consejo de Estado, Fallo del 26 de abril, 1920).

8 Al respecto del interés general y particularmente de la influencia de la reforma constitucional de 1936, el Consejo de Estado interpretó al profesor Duguit respecto de la función social de la propiedad, indicando que: *“una de las consecuencias de la declaración de esta función social de la propiedad es la de poder obligar a edificar a los dueños de lotes situados en las áreas urbanas”*; esta sentencia se enmarca en la interpretación a los gravámenes de la propiedad urbana.

9 Esta reglamentación fue ampliamente estudiada por el Consejo de Estado mediante el fallo (Rad. CE-SCA-EXP 1946 - N0816 , 1946) que analizó el servicio público de transporte, indicando allí que la facultad regulatoria era potestad del Estado; podrían existir regulaciones entre privados que no serían inherencia Estatal cuando se trataran de actividades privadas, no obstante, cuando se presenta la prestación del servicio público y hay una interrelación con las actividades de satisfacción del interés general, su regulación se encontrará en cabeza del Estado.

10 Una de las sentencias estudiadas fue el servicio público de educación, en este caso particular, el Consejo de Estado mediante el fallo (Rad. 0713, 1950) indicó que la docencia, en cabeza de un profesor estatal, se consideraría como *“un agente del servicio público”*, por lo cual su calidad de funcionario público permanecería ligada al servicio público.

11 Como es el caso del servicio público notarial que se encuentra en cabeza de un particular que presta el servicio público, pero que por no devengar sueldo del tesoro público, no tiene un vínculo con el Estado, a pesar de estar investido de funciones públicas concernientes el interés general (CE-SCA-EXP 1956 - N5276, 1956)

12 Al respecto de esta función de poder, el Consejo de Estado indicó “Por este aspecto, está encargada de hacer cumplir las leyes, de regular la marcha de los servicios públicos, de procurar a los ciudadanos las ventajas de una buena policía. La Administración, en estos casos, obra como autoridad, como poder, y los actos que realiza son actos de mando o de poder público”. (Consejo de Estado, Radicado 0126, 1949).

el servicio público entra a tener un papel preponderante al ser concebido como un fin de la Autoridad Administrativa, manteniendo la postura establecida desde 1937 en cuanto a las actividades comerciales del Estado y la satisfacción del interés general; no obstante, se daría un avance significativo, pues se hablaría de poder de policía¹³ como un medio, por lo que el servicio público se entendería supeditado a la *función pública*.

Ahora bien, esta construcción conceptual de la jurisprudencia contenciosa tendrá un enfoque derivado de la teoría de Maurice Hauriou, pues con las reformas administrativas de 1968, el Consejo de Estado se enfocaría en los establecimientos públicos, en las empresas de economía mixta y en las empresas industriales y comerciales del Estado, a partir del análisis de la Ley 151 de 1959 y el Decreto 1050 de 1968, mediante Fallo con rad. 1072 (1969), en donde se concluiría que estos hacen parte de la Rama Ejecutiva, y que buscan la prestación del servicio público como un fin estatal. La relación con Hauriou predica entonces una regulación y ejercicio del poder de policía a los establecimientos públicos, empresas de econo-

mía mixta y en las empresas industriales y comerciales del estado, que prestan servicio público¹⁴.

Se debe hacer precisión investigativa que se adentrará como una conclusión parcial la teoría predominante del servicio público en Colombia -hasta 1968-, consistió básicamente en que la Función Administrativa -realizada también por establecimientos públicos- busca la satisfacción del interés general; la precisión investigativa consiste en que esta óptica será concebida como el servicio público subjetivo, pues se enfoca en la calidad de quien realiza la prestación del servicio público, asimismo el servicio público se entiende como un medio y la satisfacción del interés general como un fin estatal, es decir, la esencia del Estado era prestar el servicio público. A partir de este momento, 1968, el enfoque se fundamentará en la óptica objetiva, pues se estudiará la finalidad de los servicios públicos y la actuación estatal variará -sin

13 En el desarrollo jurisprudencial del poder policivo, se tendría una aproximación inicial de León Duguit en el ordenamiento jurídico colombiano, al considerarse que la: "policía (administrativa) implica, por parte de la autoridad, un acto que limita, de manera preventiva, el libre ejercicio de las actividades humanas", entendiéndose sobre las conductas sociales y no como la facultad de regulación, vigilancia, inspección y control en cabeza del Estado sobre las actividades de satisfacción del interés general (Consejo de Estado, Fallo del 5 de julio, 1940).

14 Se debe indicar que el servicio público fue definido en el Decreto 753 de 1956 en desarrollo del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, y la aproximación conceptual de la jurisprudencia contenciosa solo se vio hasta 1967, en esta oportunidad, el Consejo de Estado estableció en un caso de cesación de actividades de una empresa tabacalera, en tal oportunidad se pretendió exigir que esta actividad, por tener relación con la satisfacción del interés general, debería ser considerada como un servicio público, a lo cual el Consejo de Estado negó dicha relación indicando que: "La norma en mención pone, pues, en manos del Gobierno, con el requisito anotado, la posibilidad de una declaración administrativa de servicio público en cierto tipo de actividades privadas cuya cesación afecte de manera grave y esencial a la comunidad y es por eso que emplea la locución "que interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social del pueblo", factores que deben ser examinados y medidos cuidadosamente por el Consejo de Estado al conceptuar, como por el Gobierno al decidir sobre la materia". (Consejo de Estado, Rad. 0907, 1967).

dejar su esencia¹⁵- de ser prestadora a ser reguladora, vigilante, inspectora y controladora de la prestación del servicio público, es decir, la esencia del Estado es garantizar que se preste idóneamente el servicio público.

Retomando la reforma administrativa de 1968, el ordenamiento jurídico se enfocó en las empresas de economía mixta y en las empresas industriales y comerciales, fundamentándose en los establecimientos públicos, para ello, el Consejo de Estado, en un fallo de gran trascendencia, hizo el paralelo entre ambas figuras, e interpretó la aplicabilidad del régimen privado en los establecimientos públicos (Rad. 487, 1970). Es prudente precisar que los establecimientos públicos sirvieron de referente originario a las empresas industriales y comerciales o de economía mixta respecto a la finalidad del Estado, particularmente en la prestación del servicio público, aunque su régimen jurídico sea distinto.

Consecuentemente a las reformas administrativas de 1968, la influencia de liberalización del mercado en la década de los 80, el ordenamiento jurídico otorgó la hegemonía a la óptica objetiva del servicio público, pues la esencia del Estado se basó en garantizar que se satisficiera el interés general por medio del servicio público domiciliario, el cual fundamentaría el Consejo de Estado mediante el fallo con Rad. 4284

15 Se menciona esto, toda vez que la óptica subjetiva se continuará aplicando, pues mantiene la interrelación del término “*servidor público*” que es un derivado del servicio público con la *función pública*.

(1985) al régimen regulatorio-tarifario¹⁶ y policivo de actividades básicas como acueducto, alcantarillado, energía eléctrica y telefonía.

Así perduraría el modelo de servicio público hasta el nuevo régimen constitucional en 1991, por lo que se debe hacer nuevamente otra conclusión parcial, la Constitución Política de Colombia solamente ratificó el modelo liberal de los servicios públicos en Colombia, pero les impregnó un tinte social en donde la Jurisprudencia Contenciosa pasaría a un segundo plano, rezagándose a los criterios sociales que estableciera la Corte Constitucional¹⁷, que tomaría partido en el desarrollo jurídico de elementos del servicio público.

El primer aporte determinante que realizó la Corte Constitucional fue definir el primer criterio de clasificación del servicio público mediante la Sentencia

16 Así lo pudo apreciar el Consejo de Estado al indicar que: “En cuanto a las pautas para la fijación de las tarifas, a que se refiere el transcrito artículo 39, en el considerando segundo de la resolución dictada por la junta se afirma que la solicitud de modificación de tarifas fue analizada conjuntamente con la respectiva empresa “de acuerdo con los criterios oficiales sobre la materia”, de lo cual no hay prueba en contrario en el expediente.” (Consejo de Estado, Rad. 2876, 1979)

17 Esto se puede ver reflejado en múltiples sentencias, pero para ejemplificar se tendrá en cuenta el concepto dinámico del servicio público, en donde se delimitaría que algunos servicios en que habrá participación de particulares y otros que serían de interés general y que debían ser prioritarios para el Estado por su carácter social, reconociéndose allí la importancia social de la Constitución de 1991 (Consejo de Estado, Rad. 23001-23-31-000-2003-00650-02 (AG), 2011). Otra sentencia, por ejemplo, es la sentencia que estudio la educación como una doble connotación de derecho y de servicio público, implicando allí la subordinación al precedente constitucional en el desarrollo de los criterios sociales de la Constitución de 1991 (Consejo de Estado, Rad. 05001-23-31-000-1997-03186-01 (30061), 2015).

C-473 de 1994 (Corte Constitucional), estableciendo la noción “esencial” por una distinción constitucional y caracterizándolo por la imposibilidad de suspensión de dicho servicio por la afectación al interés general, así las cosas, encontraremos entonces que el servicio público es el género¹⁸ y el servicio público esencial es la especie.

Esta sentencia sería un precedente determinante dentro de una primera línea jurisprudencial, pues la Corte Constitucional delimitaría el alcance de la clasificación de servicio público esencial, pues entendería que este se predica “cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales” (Sentencia C-450, 1995). Por otro lado y conformando esta primera línea jurisprudencial, la Corte Constitucional, mediante (Sentencia C-075, 1997) ratificaría el servicio público esencial y la imposibilidad de suspensión en actos

de huelga¹⁹, no obstante, caracterizaría²⁰ el servicio público, con la finalidad de satisfacer el interés general en todo el territorio nacional; por medio de actividades en cabeza del Estado -forma directa- o de particulares -forma indirecta-, con eficiencia, general, regular, continua, con igualdad de condiciones en la prestación.

Dicho lo anterior, encontramos una clasificación y caracterización del servicio público y servicio público esencial. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante la (Sentencia C-389, 2002), ratificaría otra clasificación, que a su vez sería la segunda línea jurisprudencial en esta materia, los servicios públicos domiciliarios. Estos se caracterizarían por ser el engranaje de los fines sociales de la intervención del

18 La Corte Constitucional le ratificó tres características: que debe satisfacer el interés general, que debe ser una prestación general y que se debe dar de forma continua (Sentencia C-473, 1994).

19 El establecimiento de ciertas actividades que se considerarían esenciales jugará un papel importante en la consolidación del servicio público en Colombia, pues las actividades de educación, por tener una doble connotación con la de un derecho fundamental, no podría ser suspendida, y se caracterizaría como un servicio público esencial (Corte Constitucional, Sentencia T-423, 1996).

20 Así lo establecería la Corte Constitucional: “el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda”. (Corte Constitucional, Sentencia C-075, 1997).

Estado en la prestación del servicio²¹, pero estos, al igual que la construcción jurisprudencial del Consejo de Estado, se encontrarían supeditados a la regulación –fijación de tarifas– y policía estatal²², con unas características especiales²³ y considerando su carácter domiciliario por la realización de redes físicas o

humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo para satisfacer a los usuarios.

En esta segunda línea jurisprudencial respecto a los servicios públicos domiciliarios, encontraremos una postura interesante, pues la óptica subjetiva se enmarca en la calidad de quien presta el servicio, mientras que la objetiva se enfocaría en la prestación material. Se ha hecho énfasis en que el ordenamiento jurídico ha reposado en la segunda óptica, esto bajo la hipótesis de la liberalización del mercado y del poder de policía que redireccionó la razón de ser estatal. La Corte Constitucional vía jurisprudencia (Sentencia C-075, 2006) conceptuaría sobre la democratización económica entendida como “*la simple dirección*” para permitir la participación en la propiedad empresarial y en los rendimientos de la gestión económica, y sobre la solidaridad, bajo el precepto del aporte mancomunado de la sociedad para que la prestación se de lo más uniformemente posible. Esta sentencia nos dará una guía interesante a la hipótesis que manejamos en este escrito, pues se evidencia que no existe una democratización –participación ciudadana en la dirección– del servicio público en la óptica subjetiva.

Para concluir el aporte jurisprudencial de la Corte Constitucional, debemos tener en cuenta la evolución jurisprudencial de dicho concepto (Sentencia C-924, 2007), en la cual se conceptuó acerca de la finalidad social de los servicios públicos domiciliarios en cabeza del Estado, y se le atribuyeron unos elemen-

21 En esa misma (Sentencia C-389, 2002) la Corte Constitucional establecería la finalidad de dichos servicios públicos domiciliarios: “(...) garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad”.

22 En este mismo sentido la Corte Constitucional dispondría las características de eficiencia, continuidad y universalidad de la cobertura, así mismo, se mantendría a merced del Estado la configuración de las disposiciones regulatorias y las facultades policivas que deberían recaer sobre el servicio público domiciliario (Sentencia C-741, 2003).

23 La Corte Constitucional estableció las características constitucionales del servicio público domiciliario mediante la (Sentencia C-041, 2003) indicando que: “(i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente; (ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley; (iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares; (iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi) deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos”.

tos esenciales²⁴. Finalmente, se debe tener en cuenta la Sentencia C-172 de 2014 (Corte Constitucional), mediante la cual se delimitó la órbita económica bajo función social de los servicios públicos, y se conceptuó el régimen regulatorio en cabeza del Estado.

Así las cosas, se puede concluir que jurisprudencialmente, el servicio público nace en la jurisprudencia contenciosa, entendiendo como cualquier actividad del Estado y que satisficiera el interés general; posteriormente, se dio una ampliación a este concepto permitiendo que particulares realizaran actividades encaminadas a satisfacer el interés general, y se dio paso a la liberalización de las actividades del Estado cambiando la finalidad de este, que en un primer momento propendía ser el prestador del servicio público y posteriormente el garante de que se realizara la prestación del servicio público, variando su calidad; finalmente y bajo su connotación de garante, se limitaron las actividades de los particulares a las condiciones del Estado Social. Es pertinente concluir

que la influencia de Hauriou en la jurisprudencia se enmarcaría en la delimitación del poder de policía, mientras que Duguit se enfocaría por la satisfacción del interés general, incluyendo la solidaridad, por lo que ambas teorías están vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el aspecto crítico que se puede observar respecto de la posición conceptual de la Corte Constitucional está directamente relacionado con la confusión del servicio público y la función pública, pues mediante sentencia C-037 de 2003 (Corte Constitucional) se indicó que

Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público. // El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Esta misma disposición fue ratificada posteriormente por la Corte Constitucional en la sentencia C-185 de 2019, en donde confunde la función pública con el servicio público, sin entender que la función pública es un servicio público administrativo, cuestión reprochable a la clasificación, en el entendido de que es un concepto mucho más amplio.

24 En esta (Sentencia C-924, 2007) la Corte Constitucional estableció los siguientes elementos esenciales que aplican al régimen constitucional: "(i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente; (ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley; (iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares; (iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi) deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos".

EL SERVICIO PÚBLICO EN LA LEY COLOMBIANA

Tanto en la construcción jurisprudencial como doctrinal se ha observado una construcción sistemática en torno al servicio público, y el aporte legal no será la excepción, pues el legislador concibió este como la función estatal y posteriormente fue canalizada a lo que entendemos hoy como servicio público. Para la construcción de este título será necesario aproximar algunas leyes que permiten concretar la tesis, que, desde el aspecto legal, es planteada; así mismo, será necesario adentrarse en la construcción teleológica que tenía el legislador para cada caso particular durante todo el siglo XX.

Como punto de partida, la Ley 50 de 1904 (Congreso de la República) estableció la fiscalización de las cuentas y pago de servicios de los ramos postal y telegráfico, lo que implicaba en su momento que dicha actividad fuera concebida como un servicio público, incluyendo, por supuesto, la construcción y conservación de infraestructura. Desde una perspectiva más amplia, se emanaría la Ley 54 de 1909 (Congreso de la República), en la cual se establecía qué conforma el servicio público en Colombia, indicándose allí la clara posición del profesor Duguit, pues entendía toda la

actuación del Estado²⁵, además incluía algunas otras funciones de las actividades industriales y comerciales, como las obras públicas y las actividades de correos y telégrafos.

Existían, a su vez, algunas disposiciones legales que permiten entrever que el servicio público era la actuación estatal, como lo son las leyes 27 de 1912 (Congreso de la República) y 57 de 1913 (Congreso de la República), que establecían la adecuación de propiedades para el servicio de oficinas públicas en entidades territoriales. Otras disposiciones legales de gran envergadura y que permitirían apreciar la actuación del Estado exclusivamente a través del servicio público serían, inicialmente la Ley 110 de 1912 (Congreso de la República), particularmente en su artículo 197, que establecería que comprendía el servicio público nacional y que posteriormente facultaría a la monopolización de un servicio público industrial y comercial como lo es el de correos, el cual se daría a través de la Ley 124 de 1913 (Congreso de la República); ahora bien, lo propio ocurrió con el régimen político y municipal, en donde se concebía la actuación estatal como el *"buen servicio público"*, del

25 La Ley en mención, establece "Artículo 2 ° El servicio público nacional á que se refiere el artículo 203 de la Constitución, comprende los siguientes Ramos: Presidencia de la República y Ministerios de Despacho; Congreso; Servicio Diplomático y Consular; Ejército; Policía Nacional; Poder Judicial y Ministerio Público; Deuda Pública Nacional; Recaudación y Manejo de Rentas Nacionales; Corte de Cuentas; Estadística Nacional; Instrucción Pública Profesional; Misiones Católicas; Correos y Telégrafos; Lazaretos; Obras Públicas; Gastos Electorales Nacionales; Presidios y Reclusiones; Intendencias Nacionales y Colonias Penales". (Congreso de la República, Ley 54, por la cual se determinan las rentas nacionales y lo que constituye el servicio público nacional, 1909)

cual se puede dar fe en la Ley 4 de 1913 (Congreso de la República).

La nublosa distinción entre el servicio público objetivo y subjetivo sería resaltada en las disposiciones normativas, como la Ley 53 de 1914 (Congreso de la República), que establecería el servicio nacional de medicina legal como un servicio público; paralelamente, también se expediría la Ley 68 de 1916 (Congreso de la República) que establecería el servicio de giros postales, siendo esta una exclusiva actividad estatal. Es de anotar aquí que el servicio público en Colombia para este momento histórico se encontraba difuminado a las actividades que realizara el Estado, sin encontrar diferenciación alguna por la naturaleza de la actividad. Para corroborar esta premisa, además de las leyes citadas previamente, es pertinente remitirnos a la Ley 74 de 1916 (Congreso de la República) y la Ley 41 de 1919 (Congreso de la República) que establecían el servicio meteorológico nacional y auxilios para el servicio público de agua potable respectivamente, y contraponerlas a la Ley 5ª de 1921 (Congreso de la República) que establecía la canalización de la parte alta del río Cauca, en el Valle del Cauca; esta incidencia normativa se enmarca en una ausencia de delimitación de actividades privadas y públicas, previendo todas estas dentro del interés general.

Existen otras leyes que en estas primeras tres décadas dan fe de la ausencia de claridad respecto a las actividades que conformaban el servicio público. No obstante, es necesario llamar la atención en la gran sabiduría que tenía el Legislador en dicha época,

pues mediante la Ley 100 de 1922 (Congreso de la República) se autorizaría la compra de unos bienes destinados al servicio público penitenciario y del Palacio de Justicia, a lo cual se ordenaría la definición del avalúo mediante peritos nombrados por el Gobierno nacional, el departamental y la Rama Judicial, manteniendo fielmente la creencia del "*buen servicio público*", pero además concibiendo estas actividades estatales como el servicio público estatal. Lo mismo ocurriría con el servicio contable en los ministerios y departamentos administrativos, gran antecedente de la regulación de las funciones fiscales, la cual se adoptaría mediante la Ley 70 de 1923 (Congreso de la República), que establecería lo concerniente a la creación del servicio público contable al interior de estas entidades.

Ahora bien, en este momento histórico también se fomentó el servicio público de acueducto, mediante la Ley 34 de 1926 (Congreso de la República), encontrándose esta en cabeza del Estado y más particularmente de los municipios, contrastándose allí la postura ambivalente entre el servicio público subjetivo que abarcaba las funciones del servicio público objetivo. Finalmente, se deberá llamar la atención en las leyes 106 de 1928 y 118 de 1928 del Congreso de la República, ya que estas regularían actividades propias del servicio público objetivo, pues la primera buscaría la reglamentación de la actividad de transporte y la segunda la regulación de drogas que fomentan el hábito pernicioso para el servicio de la higiene. Hasta este punto entenderíamos el servicio público como la *actuación estatal*, acueducto, postal-giros y telégrafos, salud pública y transporte.



La gran reforma constitucional de 1936 (Congreso de la República) llevaría una influencia en materia social, la cual se vería directamente relacionada con las actividades de beneficencia; allí encontraríamos la Ley 80 de 1937 (Congreso de la República) que dispuso servicios de asistencia social. Esta Ley consistió en auxiliar la "Gota de leche" en el hospital de Tumaco. No obstante, el rumbo social se enmarcaría en la satisfacción de un interés general utilitarista, distanciándose de las actividades de beneficencia y focalizándose en las megaobras; en este sentido, la comunicación, el transporte y el acueducto, como actividades propias del servicio público objetivo que habían sido asumidas por el Estado, serían rezagadas a la tecnología, por lo que el rumbo legislativo se enmarcaría en la construcción de hidroeléctricas en el país, lo que llevaría a que en un periodo de tan solo 7 años, comprendido entre 1937 y 1945, se promulgaran al menos veinte leyes que establecían la construcción de hidroeléctricas en todo el territorio nacional; así fue como se concibió la Ley 8 de 1939 (Congreso de la República) y la Ley 7 de 1941 (Congreso de la República), entre otras muchas²⁶.

Otra disposición encontrada respecto de la beneficencia se vería en la Ley 25 de 1948 (Congreso de la República), en donde se establecerían las Escuelas de Servicio Social, sin embargo, el impacto de las megaobras sería tal, que en dicho año sería expedida

26 En el periodo comprendido entre 1937 y 1945 se promulgarían leyes para el establecimiento de hidroeléctricas en el país. Los años observados con disposiciones legales fueron: En 1937 la Ley 87; en 1939 las leyes 6ª, 8ª, 41 y 90; en 1941 las leyes 7ª, 15, 35, 42, 111, 115 y 151; en 1942 las leyes 13, 69 y 70; en 1943 las leyes 56 y 103; y en 1944 las leyes 19, 88, 97 y 107.

la Ley 141 de 1948 (Congreso de la República), que crearía una comisión de vigilancia de obras públicas nacionales y la comisión de servicio civil; la primera tendría por objeto revisar la ejecución de obras bajo el parámetro de la "sana administración", mientras que la segunda establecería la revisión de los requisitos de ingreso al servicio civil con la intención de la reducción burocrática. En esta mitad del siglo, tendríamos un enfoque de educación -muy leve- de obras públicas y de la regulación de la función estatal.

A partir de la primera mitad del siglo XX, con la reforma constitucional de 1957, se daría un vuelco a la función estatal, pues por una parte se expediría la Ley 19 de 1958 (Congreso de la República), la cual diferenciaría el servicio civil y la carrera administrativa de los servicios públicos, manteniendo el criterio de servidor público. Se debe llamar la atención en el artículo 23 de la disposición citada, ya que allí se materializan dos grandes tesis de influencia en la construcción del servicio público, pues comulgarían la descentralización o municipalización de los servicios públicos y la función social permeada del profesor Duguit, ya que se establecerían los establecimientos de enseñanza, restaurantes escolares, asistencia pública, restaurantes populares, administración de aguas, explotación agrícola, construcción de viviendas, carreteras, caminos vecinales, cooperativas de producción, bolsas de empleo y deporte. En esta misma Ley, se crearía la Sala del Servicio Civil del Consejo de Estado, que en su momento buscaba rendir concepto sobre los proyectos de ley del Gobierno nacional.

Por otra parte, dentro de esta misma mitad del siglo XX se expediría la Ley 99 de 1958 (Congreso de la República), que mejoraría el servicio de radiocomunicaciones aéreas, meteorología y servicios técnicos, y lo mantendría a merced del interés nacional, lo que interesa llamar la atención es la calificación del servicio público, pues con la reforma administrativa se matizaría por fin la primer clasificación legal de los servicios públicos en Colombia: la *actuación estatal*, entendida como el servicio civil y la carrera administrativa; las *actividades municipales*, entendidas como aquellas de salud pública, postal-giros y telégrafos, servicios públicos domiciliarios -principalmente acueducto-, y finalmente las actividades de beneficencia; *actividades de interés nacional*, entendidas como las obras públicas nacionales, radiocomunicación y transporte no prestado por particulares, y *actividades privadas*, como lo sería el transporte prestado por particulares. Esta tentativa clasificación del servicio público se vería con claridad a partir de la Ley 19 de 1958, ya citada, y de la Ley 54 de 1959 (Congreso de la República), la cual conservaría la interrelación entre el Gobierno nacional y el territorial respecto de la prestación de las actividades municipales.

Las actividades municipales derivadas del servicio público requirieron la intervención del Gobierno nacional, por ello se expidió la Ley 33 de 1960 (Congreso de la República), que disponía recursos del erario nacional a las obras del acueducto de Santa Marta, esta misma situación se vio reflejada durante la segunda mitad del siglo XX a diversas ciudades y municipios del país. La misma suerte tuvieron los servicios de salud pública, pues los entes territoriales no

contaban con la capacidad de mantener a flote este servicio público, por lo que también la Ley 88 de 1961 (Congreso de la República) buscaría la creación de un barco-hospital al servicio del litoral del Pacífico, y la Ley 19 de 1965 (Congreso de la República), que contribuiría al mantenimiento y reparación del Hospital Universitario San Vicente de Paúl, en Medellín. El servicio de comunicación mediante correos nacionales que también había sido municipalizado tuvo a su vez intervención del Gobierno nacional por la incapacidad de los municipios, así se vio reflejado en la Ley 8 de 1964 (Congreso de la República), que consistía en los servicios postales a territorios rurales.

En cambio, las actividades de interés nacional siguieron estando a cargo del Gobierno nacional, por ello las actividades de servicios portuarios de faros y boyas se encomendaron a la Armada Nacional, mediante la Ley 3 de 1966 (Congreso de la República), como un servicio público monopolizado por el Estado. Lo mismo ocurrió con la radiodifusión, sobre la que se deben resaltar dos particularidades: la primera es que se hizo pública, entregándose a los particulares, y la segunda es que también buscaba la contribución a la formación en valores de la nacionalidad colombiana, es decir, a la moral colombiana (Congreso de la República).

La confusión colombiana respecto del servicio público se daría en la intromisión del Gobierno nacional en las actividades municipales y en la usurpación de actividades de particulares, así se puede apreciar en la Ley 45 de 1968 (Congreso de la República), que tenía por objeto la ampliación del acueducto y pavimenta-

ción en el municipio de La Victoria, departamento de Caldas; también la Ley 80 de 1968 (Congreso de la República), por medio de la cual se creó el Servicio de Aeronavegación a Territorios Nacionales, Satena, una aerolínea que aún presta sus servicios, especialmente a lugares retirados del territorio nacional, y, finalmente, la Ley 86 de 1968 (Congreso de la República), que pretendía declarar la conveniencia pública el desarrollo de obras públicas, mejoramiento del servicio de acueducto, reforestación y aprovechamiento de tierras, entre otras cosas, en el municipio de Salamina, departamento de Caldas.

Esta confusión respecto del servicio público tendría un antecedente llamativo, en primer lugar el Decreto 550 de 1960 (Rama Ejecutiva, República de Colombia) que buscaba la descentralización de los servicios públicos hacia las autoridades locales, pero que posteriormente sería reformado por el Decreto 1050 de 1968 (Rama Ejecutiva), que también buscaba la descentralización de servicios públicos de esta Rama y concebía las funciones de delegación, y el Decreto 3130 de 1968 (Rama Ejecutiva), que ejecutó la descentralización de servicios a partir de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Vale la pena recapitular la construcción del servicio público hasta ahora, la intención del legislador colombiano consistió en la participación híbrida de distintos actores, por un lado el Gobierno nacional para las actuaciones propias del funcionamiento estatal, las grandes obras y la ejecución de actividades de interés nacional y funciones que particulares no

pudiesen prestar; por otro lado, los entes territoriales que tenían a cargo la prestación del servicio público, pero este escasamente fue satisfecho, por lo que se requirió constantemente de la actuación del Gobierno nacional. Fue en este marco en el que se expidió la Ley 1.^a de 1982 (Congreso de la República), en donde se financió el servicio público de salud por las actividades de apuestas, y, finalmente, el último actor, fue el marco privado que partió con el establecimiento de tarifas desde 1927 con la expedición de la Ley 98 de 1927 (Congreso de la República) hasta la privatización de las empresas de energía eléctrica, mediante la Ley 11 de 1982 (Congreso de la República).

Este sería el panorama que recibiría el Constituyente en materia de servicios públicos, tres actores: Gobierno nacional, municipios y privados, y cuatro grandes actividades que conforman el servicio público: la estatal, la municipal, la de interés nacional y la privada, sin poderse diferenciar una de la otra sino en razón a la naturaleza de quien la prestaba, que era principalmente el Estado. Así entonces entra en juego la Constitución de 1991 (Asamblea Nacional Constituyente), que llevaría otro nuevo vuelco como el referido en la Ley 19 de 1958, pero esta vez canalizado a los servicios públicos domiciliarios –que eran los prestados por el municipio–, y no a la función estatal. El tan conocido artículo 365 del texto constitucional permitiría abiertamente la participación de particulares y mantendría al Estado la regulación, control y vigilancia de los mismos, siendo este un precepto ampliamente aplicado por el profesor Hauriou, es por lo que se denota la llegada tardía de la teoría francesa al ordenamiento jurídico colombiano.

Con base en lo anterior, se expediría la Ley 142 de 1994 (Congreso de la República), que contendría lo relacionado al régimen de servicios públicos domiciliarios y la Ley 143 de 1994 (Congreso de la República), que establecería el régimen del servicio público de energía eléctrica. Inicialmente la telefonía se encontraba en el marco de las leyes citadas, aunque fue excluida de ser un servicio público mediante la Ley 1341 de 2009 (Congreso de la República). Y la última disposición relativa al servicio público objetivo fue el internet, y además tomó, legalmente, la connotación de esencial y universal, criterios que solo habían sido desarrollados vía jurisprudencia. A diferencia de la Ley 142 de 1994, que recaía en las actividades municipales dentro del contexto objetivo, y el ámbito subjetivo, con las actividades estatales, por el contrario, tendrían su regulación en la Ley 489 de 1998 (Congreso de la República), que contendría lo relacionado a las disposiciones del funcionamiento de entidades estatales que prestaran servicio público mediante la descentralización por servicios, como es el caso de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas sociales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos y las sociedades públicas, entre otras.

Nótese que a partir de la Constitución de 1991 se enmarca la consecución del servicio público objetivo, mientras que los criterios previos denotaban una alta participación del servicio público subjetivo en materia legal. También se debe llamar la atención en la delimitación del problema jurídico a partir de esta construcción legal respecto del servicio público, esto

es, la demostración del amplio campo del servicio público, la precaria clasificación que se ha intentado plasmar y la consecuencia de la distinción del servicio público objetivo y subjetivo, así como el tratamiento que se les da a ambos.

CONCLUSIONES

Tal y como se pudo apreciar a lo largo de estos acápites, la doctrina, la jurisprudencia y la ley han construido el concepto de servicio público y han delimitado de este una clasificación inicial desde las ópticas subjetiva y objetiva. Sobre la primera se debe llamar la atención de manera particular en las actividades que realiza el Estado para la satisfacción del interés general, mientras que la segunda se enfoca en las actividades que satisfacen el interés general. Entre una y otra óptica encontramos unos autores padres: León Duguit, para la subjetiva, y Maurice Hauriou, para la objetiva, ambos entendiendo el servicio público como la satisfacción del interés general, pero diferenciándose en la forma en que se debe satisfacer, pues el primero lo entiende como actividades en cabeza del Estado, mientras que el segundo lo entiende como actividades industriales en donde el Estado debe regular y ejercer funciones de policía.

Se debe indicar paralelamente que el Estado colombiano ha tenido un énfasis en la óptica objetiva, particularmente en lo relacionado a la regulación del mercado -tal y como ocurre en los servicios públicos domiciliarios que son la mayor muestra de la satisfacción del interés general-. Sin embargo, el abandono a la teoría subjetiva se denota en la ausencia de



objetivización de dicha clasificación, es decir, la teoría objetiva por su naturaleza industrial y comercial ha tenido un avance significativo, pues permite observar la regulación y la vigilancia, inspección y control de estas actividades (funciones policivas), mientras que la subjetiva, por su naturaleza estatal, ha sido rezagada meramente al marco legal de la actividad individual de cada servidor público y no las actividades que estos desarrollan en el marco de la prestación del servicio público.

Así mismo, el servicio público objetivo se caracteriza por ser la conceptualización que realizó Maurice Hauriou en las actividades de regulación y policía que ejerce el Estado a la satisfacción del interés general, especialmente de aquellas actividades que prestan particulares o el mismo Estado en competencia con estos. Esta satisfacción del interés general debe tener dos criterios: (i) estándares mínimos de prestación, por lo que la calidad juega un papel significativo en el marco prestacional, y (ii) fijación del marco tarifario, por lo que el costo de la prestación del servicio se encontrará delimitada. Esto significa que el servicio público subjetivo, entendido como las actividades que realiza el Estado para la satisfacción del interés general, también debe ser objeto de regulación y policía para asegurar estos mismos estándares mínimos de prestación y fijación del marco de costo de dicha prestación del servicio público.

Haciéndose esta breve conclusión y habiéndose entendido la forma en como el concepto de servicio público y su respectiva clasificación permeó el orde-

namiento jurídico colombiano, se puede reflexionar acerca de cómo las actividades que buscan satisfacer el interés general, y que se encuentran en cabeza del Estado, pueden ser objeto de regulación y de funciones policivas, independientemente de que estas se encuentren en cabeza del Estado, lo que permite entender que se debe realizar una ruptura a la hegemonía estatal y su relación con el servicio público. Así pues, todas las actividades que permitan realizar la satisfacción del interés general, independientemente de quien las realice o que estas sean actividades industriales y comerciales, deben ser objeto de regulación y del ejercicio de funciones policivas, por lo que la respuesta al problema jurídico delimitado en la introducción no es pormenor, habida cuenta de que las funciones reguladoras y policivas también deben recaer sobre el servicio público subjetivo.

Es claro entonces que el servicio público subjetivo al igual que el objetivo debe ser objeto de regulación y vigilancia, pues garantizará una eficaz prestación del servicio público, y fijará un modelo económico en la prestación del servicio público en cabeza del Estado, lo que permite que las actividades del interés general sean satisfechas reguladamente y no a merced de la voluntad del Estado. Ahora bien, dentro del marco doctrinal, jurisprudencial y legal se ha denotado una insuficiente clasificación y parametrización respecto de lo que se debe entender por servicio público, lo cual ha generado una constante lucha de saberes inoperantes acerca de lo que se debe concebir o no como el servicio público.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente, R. d. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá: *Gaceta Constitucional*, Núm. 114, de 7 de julio de 1991. Artículo 1, 365.
- Barreto R., A. (2010). *El proyecto constitucional de la administración del gobierno colombiano: apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del siglo XX*. Pensamiento Jurídico N.º 28.
- Boletín Oficial del Estado, E. (2017). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés*. Madrid: Dalloz. Ed 21.
- Bonnin, C.-J. (1983). Principios de la Administración. *Revista de Administración Pública. Antología* 1(54), 479-500.
- Brewer-Carias, A. (2017). *Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en hispanoamérica a comienzos del siglo XIX*. Santiago de Chile: Ars boni et aequi 7.2
- Calafell, J. E. (1988). *Los servicios Públicos*. Jurídica. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 19, 191-209.
- Chevallier, J. (2011). *El Estado posmoderno*. Universidad Externado de Colombia. Pág. 80-87.
- Chevallier, J. (2018). *El estado postmoderno*. Universidad Externado de Colombia. Traducido al español por Oswaldo Pérez. Ed. 1.^a
- Comte, A. (1875). *Principios de filosofía positiva*. Imprenta de la Librería del Mercurio de A. I M. Echavarría.

- Duguit, L. (2011). *Lecciones de Derecho Público general*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Traducción, estudio preliminar y notas de Javier García Fernández.
- Durkheim, E. (1997). *Antología de la teoría sociológica clásica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Franco, J. C. (2017). *De la Independencia a la República. Memorias del VII encuentro del Instituto Colombiano de Historia del Derecho*. Chía: Universidad de la Sábana.
- Fuenmayor de Fernández, J. J. (2019). Aportes del pensamiento administrativo francés a la ciencia de la administración pública: De Jean Bodino a Charles-Jean Bonnin. *Encuentros*, 81-94.
- García Villegas, M. &. (2010). La sociología jurídica en Francia. Fontamara. *Revista Sociología y Crítica del Derecho*, 124-147.
- García Villegas, M., & Jaramillo, J. F. (2006). *Los orígenes del constitucionalismo moderno en Inglaterra*. Universidad Nacional de Colombia.
- Giannini, M. S. (1991). *El poder público. Estado y administraciones públicas*. Civitas.
- Granados S.J., R. M. (1947). *Historia de América*. Editorial Pax, S. J.
- Hauriou, M. (1918). An interpretation of the principles of public law. Boston, MA: *Harvard Law Review*, 31(6), 813-821.
- Hispano, C. (1924). *Historia secreta de Bolívar*. Ediciones Literarias.

- Hoyos E., J. F. (2013). Nariño, el triunfo de las ideas. *Semana. Ed. Bicentenario de Cundinamarca*, 34-38.
- Jéze, G. (1928). *Los principios generales del Derecho Administrativo* Editorial Reus S.A. Precitados, 6. Centro de Enseñanza. Traducido al español por Carlos García Oviedo.
- Loughlin, M. (2017). Droit politique. London: *Jus Politicum: Revue de Droit Politique*, 17, 295-335.
- Malagón Pinzón, M. (2005). La Revolución francesa y el derecho administrativo francés. La invención de la teoría del acto político y de gobierno y su ausencia de control judicial. *Colaboradores Nacionales*, 167-190.
- Maquiavelo, N. (2008). *El Príncipe*. Centro Editor PDA, S.L. (Traducido al español por Alcántara, Francisco Javier).
- Meisel R., A. &. (2017). *La mortalidad de la guerra de los mil días 1899-1902*. Cartagena: Banco de la República. Cuadernos de Historia Económica y Empresarial.
- Mercado, A. C. (2015). *La Influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*. Universidad del Rosario.
- Miguel, G. C. (2000). *Teoría de la Administración Pública*. Editorial Porrúa S. A.
- Misión de Cooperación Técnica en Colombia (2008). *MEMORIAS. Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Montaña Plata, A. (2005). *El Concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*. Universidad Externado.

- Navarro, K. &. (2018). *Teoría de los servicios públicos*. Universidad Externado de Colombia. 1.ª ed.
- Rivero, J. (2002). *Páginas de derecho administrativo*. Temis.
- Rodríguez, L. (2005). *La explicación histórica del derecho administrativo*. M. López, Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz.
- Romero Pérez, J. E. (2015). La primera fase histórica del servicio público. San José: *Revista de Ciencias Jurídicas* 138, 135-160. Septiembre-diciembre 2015.
- Rousseau, J. J. (1983). *El Contrato Social*. Sarpe.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2011). León Diguít y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases de concepto de servicio público. Universidad Externado de Colombia. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 5(1-2011), 43-86.
- Schmitt, C. (2009). *La tiranía de los valores*. Hydra.
- Secondat, C. L. (1906). *Del espíritu de las leyes. Traducido al español por Siro García Mazo*. Biblioteca General de Victoriano Suárez.
- Vidal Perdomo, J. (1994). *Derecho Administrativo*. Temis.
- Vidal Perdomo, J. (2004). Reforma administrativa de 1968: antecedentes, teoría de la organización y funcionamiento, sus principales consecuencias. *Vniversitas*, 108(diciembre de 2004), 317-334.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de Derecho. *Revista de Derecho del Estado* (20).

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Acto Legislativo 1 de 1936. Reformatorio de la Constitución. 22 de agosto de 1936. D. O. n.º 23263.

Acto Legislativo 1.º de 1914. Por el cual se restablece el Consejo de Estado. Art. 1-8. D. O. 15295.

Acto legislativo 1.º de 1936. Arts. 14 y 17. D. O. 23.263.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 013-12. Consejero Ponente Luis F. Rosales. (1915).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 04-26. Consejero Ponente Luis F. Rosales. (1917).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 06-16. Consejero Ponente Luis F. Rosales. (1917).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 06-23. Consejero Ponente Próspero Márquez. (1917).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Fallo. Sin radicado. Consejero Ponente Luis F. Rosales. 14 de octubre de 1918.

Consejo de Estado, d. C. (). Sala de lo Contencioso Administrativo. Fallo sin radicado. Consejero Ponente Próspero Márquez. 2 de octubre de 1918.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Fallo. Sin radicado. Consejero Ponente Adriano Muñoz. 20 de noviembre de 1918.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Fallo. Sin radicado. Consejero Ponente Adriano Muñoz. 28 de agosto de 1918.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Fallo. Sin radicado. Consejero Ponente Jesús Perilla. 3 de diciembre de 1918.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Fallo. Sin radicado. Consejero Ponente Sixto A. Zerda. 26 de abril de 1920.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Fallo. Consejero Ponente Pedro Martín Quiñones. 23 de abril de 1937.

Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Fallo. Consejero Ponente Tumo Enrique Tascón. 28 de marzo de 1939.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Fallo. Consejero Ponente Guillermo Peñaranda Arenas. 5 de julio de 1940.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. CE-SCA-EXP 1946 - N08160. Consejero Ponente Gonzalo Gaitán. 1946

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado 0126. Consejero Ponente Pedro Gómez Farra. 1949.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 0713. Consejero Ponente Baudilio Galán Rodríguez. 1950

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. CE-SCA-EXP 1956 - N5276. Consejero Ponente José Enrique Arboleda. 1956.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 0907.
Consejero Ponente Guillermo González Charry. 1967.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección
Primera. Rad. 1072. Consejero Ponente Alfonso Arango
Henao. 1969.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 487.
Consejero Ponente Luis Carlos Sáchica. 1970.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 2876.
Consejero Ponente Mario Enrique Pérez. 1979.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 4284.
Consejero Ponente Miguel Betancourt. 1985.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 23001-
23-31-000-2003-00650-02(AG). Consejero Ponente Enrique Gil
Botero. 2011.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 05001-
23-31-000-1997-03186-01 (30061). Consejera Ponente Olga
Mélida Valle de la Hoz. 2015.

Corte Constitucional. Sentencia C-473. M. O. Alejandro Martínez
Caballero. 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-450. M. O. Antonio Barrera
Carbonell. 1995.

Corte Constitucional. Sentencia T-423. M. O. Hernando Herrera
Vergara. 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-075. M. O. Hernando Herrera Vergara. 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C-389. M. O. Clara Inés Vargas Hernández. 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-037. M. O. Álvaro Tafur Galvis. 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-041. M. O. Jaime Córdoba Triviño. 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-741. M. O. Manuel José Cepeda Espinosa. 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-075. M. O. Rodrigo Escobar Gil. 2006

Corte Constitucional. Sentencia C-924. M. O. Humberto Antonio Sierra Porto. 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-172. M. O. Jorge Iván Palacio Palacio. 2014.

Corte Constitucional. M. O. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-185, d. C. 2019.

Decreto 550. Por el cual se adoptan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Presidencia de la República, de los ministerios y de los departamentos administrativos. Rama Ejecutiva. 18 de marzo de 1960. D. O. n.º 30186.

Decreto 1050. Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional. Rama Ejecutiva 17 de julio de 1968. D. O. n.º 32552.

Decreto 3130 de 1968. Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional. Rama Ejecutiva. 26 de diciembre de 1968.

Ley 5 de 1904. Por la cual se centraliza la fiscalización de las cuentas y el pago de servicios de los Ramos Postal y Telegráfico. 2 de diciembre de 1904. D. O. n.º 12226 .

Ley 54 de 1909. Por la cual se determinan las rentas nacionales y lo que constituye el servicio público nacional. 1.º de diciembre de 1909. D. O. n.º 13851.

Ley 27 de 1912. Por la cual se aprueba un contrato sobre compra de una casa para el servicio de las oficinas públicas nacionales existentes en Riohacha. 25 de octubre de 1912. D. O. n.º 14727.

Ley 4 de 1913. Sobre el régimen político y municipal. 6 de octubre de 1913. D. O. n.º 15012I.

Ley 57 de 1913. Por la cual se ordena la construcción de una casa para servicio de Oficinas de la Administración de las Salinas de Cundinamarca. 17 de noviembre de 1913. D. O. n.º 15047

Ley 110 de 1913. Por la cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman. 19 de marzo de 1913. D. O. n.º 14845.

Ley 124 de 1913. Por medio de la cual se nacionaliza el servicio de correos. 16 de diciembre de 1913. D. O. n.º 15070.

Ley 53 de 1914. Por la cual se organiza el servicio nacional de medicina legal. 29 de octubre de 1914. D. O. n.º 15332.

Ley 68 de 1916. Por la cual se organiza el servicio de giros postales. 21 de diciembre de 1916. D. O. n.º 15975.

Ley 74 de 1916. Por la cual se establece el servicio meteorológico nacional. 23 de diciembre de 1916. D. O. n.º 15977.

Ley 41 de 1919. Por la cual se concede auxilios a varios departamentos, destinados a fomentar un servicio público. 18 de octubre de 1919. D. O. n.º 16920.

Ley 5 de 1921. Por la cual se reorganiza el servicio de canalización del Alto Cauca. 10 de septiembre de 1921. D. O. n.º 17868.

Ley 100 de 1922. Por la cual se autoriza al Gobierno para adquirir la propiedad de unos inmuebles destinados al servicio público nacional. 18 de diciembre de 1922. D. O. n.º 18661.

Ley 70 de 1923. Por la cual se dispone la manera de pagar algunos servicios públicos y se da una autorización al Gobierno. 30 de octubre de 1923. D. O. n.º 19294.

Ley 34 de 1926. Sobre acueductos. 26 de octubre de 1926. D. O. n.º 20331.

Ley 98 de 1927. Sobre tarifas férreas y fluviales. 26 de noviembre de 1927. D. O. n.º 20654.

Ley 106 de 1928. Sobre servicio de navegación aérea en el Caquetá y Putumayo y en el puerto de Tumaco. 26 de noviembre de 1928. D. O. n.º 20954.

Ley 118 de 1928. Por la cual se adiciona la Ley 11 de 1920, sobre importación y venta de drogas que formen hábito pernicioso, y se

dictan otras disposiciones relativas al servicio de Higiene. 20 de noviembre de 1928. D. O. n.º 20956.

Ley 109. D. O. n.º 23.216

Ley 80 de 1937. Por la cual se auxilia la Gota de Leche en el puerto de Tumaco, y se dicta una disposición en favor de los servicios de Asistencia Social del Hospital San Andrés del mismo puerto. 10 de noviembre de 1937. D. O. n.º 23626.

Ley 8 de 1939. Por la cual se provee a la construcción de una central hidroeléctrica para el servicio de varios Municipios del Occidente colombiano, y se amplía la Ley 223 de 1938. 9 de octubre de 1939. D. O. n.º 24190.

Ley 7 de 1941. Sobre construcción de una central hidroeléctrica para el servicio de los municipios de la Región de García Rovira, en el departamento de Santander, y se restablece el circuito de Registro de Barichara. 23 de agosto de 1941. D. O. n.º 24743.

Ley 141 de 1949. Por la cual se crea la Comisión de Vigilancia de las Obras Públicas Nacionales y la Comisión de Servicio Civil; se adoptan ciertas medidas para la reducción de los gastos públicos y se dictan otras disposiciones. 27 de enero de 1949. D. O. n.º 26928.

Ley 25 de 1948. Por la cual se auxilian las Escuelas de Servicio Social. 12 de noviembre de 1948. D. O. n.º 26867.

Ley 19 de 1958. Sobre reforma administrativa. 9 de diciembre de 1958. D. O. n.º 29835.

Ley 99 de 1959. Sobre servicio de radiocomunicaciones aéreas, meteorología y otros servicios técnicos. 26 de enero de 1959. D. O. n.º 29860.

Ley 54 de 1959. Por la cual se dispone el establecimiento e instalación de servicios postales y eléctricos en algunas poblaciones de los Departamentos del Valle, Chocó, Cauca, Antioquia y Nariño, y se dictan otras disposiciones. 2 de septiembre de 1959. D. O. n.º 30055.

Ley 33 de 1960. Por la cual se auxilian unas obras de servicio público en las ciudades de Santa Marta y Ciénaga (departamento del Magdalena), y se dictan otras disposiciones. 2 de noviembre de 1960. D. O. n.º 30370.

Ley 86 de 1961. Por la cual se ordena la construcción y dotación de tres centros mixtos de Salud en el departamento de Nariño, y se ordena la adquisición, por el Ministerio de Salud Pública, de un barco-hospital para el servicio del litoral Pacífico. 2 de octubre de 1961. D. O. n.º 30627.

Ley 8 de 1964. Por la cual se extiende el servicio de correos nacionales a las áreas rurales de los Municipios colombianos en donde existen oficinas de la Administración Pública. 15 de octubre de 1964. D. O. n.º 31488.

Ley 19 de 1965. Por la cual la nación contribuye a la ampliación de servicios, equipos, reparaciones locativas, sostenimiento de las distintas salas y dependencias, etc., del Hospital Universitario San Vicente de Paúl, de Medellín, y se dictan otras disposiciones. 15 de septiembre de 1965. D. O. n.º 31752.

Ley 3 de 1966. Por la cual se reglamenta el recaudo e inversión de los ingresos provenientes de los servicios portuarios de faros y boyas, y se dictan otras disposiciones. 16 de febrero de 1966. D. O. n.º 31861.

Ley 74 de 1966. Por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión. 28 de diciembre de 1966. D. O. n.º 32166.

Ley 45 de 1968. Por la cual se auxilia la construcción y terminación de unas obras de servicios públicos (ampliación de acueducto y pavimentación), en el municipio de Victoria, en el departamento de Caldas, y se dictan otras disposiciones "por conducto de Acción". 13 de diciembre de 1968. D. O. n.º 32670.

Ley 80 de 1969. Por la cual se reorganiza el Servicio de Aeronavegación a Territorios Nacionales "Satena". 14 de enero de 1969. D. O. n.º 32684.

Ley 86 de 1969. Por la cual se ordena una contribución de la Nación para las obras de defensa de la ciudad de Salamina (Caldas). 20 de febrero de 1969. D. O. n.º 32716.

Ley 11 de 1982. Por la cual se autoriza las empresas descentralizadas del sector eléctrico, la creación de una empresa para la financiación del desarrollo del sector. 3 de febrero de 1982. D. O. n.º 35937.

Ley 1.ª de 1982. Por la cual se crean nuevas fuentes de financiación para los servicios seccionales de salud a través de la Autorización de un juego de apuestas. 21 de enero de 1982. D. O. n.º 35928.

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. 11 de julio de 1994. D. O. n.º 41433.

Ley 142 de 1995. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. 11 de julio de 1995. D. O. n.º 41925.

Ley 143 de 1994. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. 12 de julio de 1994. D. O. n.º 41434.

Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional (...). 30 de diciembre de 1998. D. O. n.º 43464.

Ley 1341 de 2009. Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. 30 de julio de 2009. D. O. n.º 47426.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

LA SUMA DE POSESIONES EN COLOMBIA. NEXO JURÍDICO JURISPRUDENCIAL HACIA UN ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO DE PERTENENCIA

THE SUM OF POSSESSIONS IN COLOMBIA: JURIDICAL JURISPRUDENTIAL LINK TOWARDS A STANDARD OF PROOF IN THE MEMBERSHIP PROCESS

A SOMA DAS POSSES NA COLÔMBIA. VÍNCULO JURÍDICO JURISPRUDENCIAL PARA UM PADRÃO DE PROVA NO PROCESSO DE ADESÃO

RESUMEN

En el presente artículo se realiza un análisis de la suma de posesiones en la ley sustancial, exponiendo las diferentes posturas que la Corte Suprema de Justicia hace sobre el tema, desarrollando las tipologías consagradas en el Código Civil Colombiano y la forma de probarse la suma de posesiones en cada una de ellas. Finalmente, se desarrolla una propuesta de los medios probatorios de la suma de posesiones como un estándar de prueba que debería manejarse y agregarse como norma procedimental en el código General del Proceso, a partir del desarrollo de la hipótesis de la existencia de un estándar de la prueba en el proceso de pertenencia. Este trabajo se desarrolló desde la línea de investigación: Desarrollo Humano, Jurídico y Social, con un enfoque cualitativo, descriptivo y hermenéutico.

Palabras clave: Colombia; derecho civil; posesión de la tierra; títulos; estándar de prueba; usucapión; nexo jurídico; agregación de posesiones; suma de posesiones.

Yehison Fernando Vargas Moreno¹

<https://orcid.org/0000-0003-0261-1561>

Olga Sofía Morcote González²

<https://orcid.org/0000-0001-9647-9017>

¹ Abogado de la Universidad de Boyacá, Tunja, Colombia; especialista en derecho procesal y magíster en Derecho Procesal y Probatorio, de la misma Universidad. Actualmente se desempeña como docente de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Boyacá. Correo electrónico yfvargas23@uniboyaca.edu.co. ORCID 0000-0003-0261-1561

² Abogada de la Universidad de Boyacá, Tunja, Colombia; administradora pública, magíster en Derecho Público. Docente de tiempo completo del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la misma Universidad. Docente catedrática de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP. Doctora en Filosofía con énfasis en Ciencia Política de la Universidad Nuevo León, México. Investigadora junior de Minciencias. Correo electrónico olgmorcote@uniboyaca.edu.co. ORCID 0000-0001-9647-9017.

Artículo de revisión de investigación

Fecha recibido: 17/08/2021

Fecha aceptado: 13/10/2021

Cómo citar:

Vargas, Y. y Morcote O. (2024). La suma de posesiones en Colombia. Nexo jurídico jurisprudencial hacia un estándar de prueba en el proceso de pertenencia. *Justicia, sociedad y derecho*, 2(4), 50-67. doi: <https://doi.org/10.24267/25009389.692>

**ABSTRACT**

In this article an analysis of the sum of possessions in the substantial law is carried out, in the same way the different positions of the Supreme Court of Justice on the subject are exposed and the typologies enshrined in the Colombian Civil Code and the form of the how the sum of possessions should be proven in each one of them and finally a proposal of the means of proof of the sum of possessions is developed as a standard of proof that should be handled and added as a procedural norm in the General Process code. This work was developed from the research line: Human, Legal and Social Development with a qualitative, descriptive and hermeneutical approach that develops the hypothesis of the existence of a standard of proof in the process of belonging.

Keywords: Colombia; civil law; possession of the land; titles; test standard; usucapion; legal link; aggregation of possessions; sum of possessions.

RESUMO

Este artigo analisa a soma dos bens na lei substancial, expondo as diferentes posições que o Supremo Tribunal de Justiça assume sobre o tema, desenvolvendo as tipologias consagradas no Código Civil colombiano e a forma de provar a soma dos bens em cada um dos bens. eles. Por fim, desenvolve-se uma proposta de meio de prova da soma dos bens como padrão de prova que deverá ser administrado e acrescentado como regra processual no Código Geral do Processo, a partir do desenvolvimento da hipótese da existência de um padrão de teste no processo de adesão. Este trabalho foi desenvolvido a partir da linha de pesquisa: Desenvolvimento Humano, Jurídico e Social, com abordagem qualitativa, descritiva e hermenêutica.

Palavras-chave: Colômbia; direito Civil; posse de terras; Títulos; padrão de teste; usucapião; nexo jurídico; agregação de bens; soma dos bens.

INTRODUCCIÓN

Para iniciar el abordaje del tema, es preciso definir de manera sencilla la suma de posesiones, como agregar a mi posesión la de mis antecesores, a fin de alcanzar los periodos de tiempo exigidos por el legislador, y así el poseedor pueda acceder al derecho de dominio sobre los bienes que posea. El presente artículo de revisión es producto de la tesis de maestría *La falsa tradición y el acceso a la tierra, derecho del campesino colombiano* propone despejar el interrogante sobre ¿cuál es el concepto, tipologías, evolución y forma de cómo se debe probar la suma de posesiones? Esto visto desde una valoración normativa y jurisprudencial estando fuera de una norma que regule sus requisitos esenciales, y que permita dar respuesta a la hipótesis de la existencia de un estándar de prueba para adquirir inmuebles rurales o urbanos a través de los diferentes procesos establecidos, vía prescripción adquisitiva de dominio ordinaria o extraordinaria.

La suma de posesiones es una figura jurídica que los jueces interpretan y aplican desde la sana crítica probatoria de diferentes maneras, y afecta el acceso a la tierra por parte del poseedor regular o irregular cuando no se aplica o no se tiene en cuenta la suma de posesiones.

De acuerdo con la metodología de investigación de tipo cualitativo descriptivo y hermenéutico se pudo dilucidar que las diferentes posturas de la Corte Suprema de Justicia referenciando la suma de

posesiones tienen diversas formas de probarse en un proceso de pertenencia o especial de este tipo respecto a la Ley 1561 de 2012. Sin embargo, no existe un máximo ni un mínimo probatorio para determinar por parte del juez como agente que imparte justicia, la manera de probar o no la suma de posesiones a favor de la parte que incoa la *litis* para obtener un inmueble o mueble vía usucapión.

Para Montenegro (2017, p. 5), a través del uso de datos históricos para Colombia, se determinó empíricamente cuáles son las dinámicas por medio de las cuales el Estado central adjudica tierras, argumentando que los procesos de colonización están dirigidos hacia las periferias –donde el Estado carece del monopolio de la fuerza legítima que lleva a que este intente forjar presencia por medio de la Política de tierras. Esta política, sin embargo, no genera un incremento en la provisión de bienes públicos.

De esta manera, en primera instancia se abordará el concepto de la *suma de posesiones*, enseguida, sus clases, para luego resolver el interrogante de ¿cómo se prueba la suma de posesiones?, y finalizar con las conclusiones, para asimismo indicar qué juez, desde su sana crítica y aplicación de los principios de valoración de la prueba, es el que determina si los hechos fueron probados dentro del proceso respecto a la existencia o no de la suma de posesiones, y, si es del caso, la necesidad de reformular la legislación desde el punto de vista metodológico y político para evitar que se dé una afectación al país en materia de tierras.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada para la elaboración de este artículo se fundamenta en el enfoque cualitativo, descriptivo y hermenéutico, ampliamente utilizado en las Ciencias Sociales de carácter jurídico para el estudio de fenómenos que conjugan el Derecho con la sociedad, y cómo a partir de ellos se contribuye al desarrollo social de los territorios. Lo anterior integrando cuadros comparativos, textos y argumentos que permitan comprender la realidad social con una visión holística, en un conjunto de caracterizaciones normativas que sumen al estudio profundo de un hecho social como lo es el acceso a la tierra en Colombia.

RESULTADO Y DISCUSIÓN

Para desarrollar el abordaje de los resultados y discusión sobre la temática se desglosará su presentación en los siguientes acápitos:

CONCEPTO DE SUMA DE POSESIONES

Es un instrumento jurídico mediante el cual el poseedor de un bien puede añadir a su posesión, aquella ejercida por el anterior poseedor, con el fin de adquirir la propiedad de una cosa conforme a lo preceptuado en los artículos 778 y 2521 del Código Civil, 1887.

Con el propósito de desarrollar la premisa conceptual que precede, se tiene que la génesis de la suma, agregación, incorporación o accesión de posesiones

se encuentra en el artículo 2521 del Código Civil, el cual establece que “si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 778. La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero”.

A su turno, el artículo 778 del Código Civil consagra:

Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios. Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores.

Por último, es necesario observar que el artículo 71 del Decreto 1250 de 1970 indica que:

Para que la inscripción de la sentencia declarativa de pertenencia produzca los efectos consagrados en el artículo precedente [se refiere a que en adelante no se admita demanda sobre la propiedad o posesión del inmueble por causa anterior a la sentencia], en el caso de que el demandante haya agregado a su posesión la de sus antecesores, por acto entre vivos, es necesario que éstos sean citados al proceso.

Esta institución normativa tiene aplicación tanto para la prescripción adquisitiva de dominio ordinaria como la extraordinaria, y su fundamento legal se encuentra en los artículos 778 y 2521 del Código Civil, por los cuales, ya a título universal, ora a título singular; el sucesor puede añadir su posesión a la de sus antecesores para



lograr el tiempo que exige la ley para adquirir el derecho por el modo originario de la usucapión.

La Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 5 de julio de 2007, se refirió así:

la unión de posesiones es una institución de carácter universal, necesaria y facultativa; toda vez que la misma se encuentra en la mayoría de los ordenamientos jurídicos; señalando que implica invaluable protección a la posesión, especialmente ante la gran transformación que se presenta frente a la relación en que se encuentran los individuos con los bienes, siendo evidente que quien ejerce la posesión generalmente la transfiere a otro, lo cual conlleva que los períodos posesorios individuales sean realmente cortos, y, por ende, la posibilidad que se adquirieran los bienes por prescripción adquisitiva de dominio se torna imposible al valorarse *únicamente* el tiempo que los poseyó quien ejerce la acción tendiente a la usucapión, lo cual deviene en la necesidad de la existencia de la agregación de posesiones; y; finalmente, la figura en estudio es netamente facultativa bajo el entendido que la ley sustantiva establece que el poseedor podrá sumar la posesión de sus antecesores a la suya, lo que implica que éste por medio de un acto totalmente volitivo determinará si cuenta únicamente con el tiempo de su posesión o si pretende agregarle el período que otro ejerció bajo esta misma modalidad (Velásquez, 2007).

CLASES DE SUMA DE POSESIONES

Se requiere precisar que, desde lo reglado en el Código Civil, la suma de posesiones tiene lugar sea que se suceda la posesión del sucesor a título universal o singular. La posesión del sucesor principia

en él, conforme a los artículos 778 del Código Civil colombiano (p. 341) y 2521 del Código Civil colombiano (p. 1136), a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya, pero en tal caso, se la apropia con sus calidades y vicios. Podrá agregarse, entonces, en los mismos términos a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores.

Con la precisión que antecede, se aclara que la Corte Suprema de Justicia Sala Civil ha trasegado conceptualmente en torno a los componentes y acepciones que impregnan la adjunción de posesiones, a título universal, *successio possessionis* o *accessio possessionis*, refiriéndose así:

A título universal (*successio possessionis*): cuando el causante fallecido transmite la posesión a sus herederos. Se trae a colación que el inciso segundo del artículo 2521 del Código Civil establece en forma clara y precisa que la posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero.

En otras palabras, por disposición de la norma citada, se entiende que la posesión se transmite en forma ininterrumpida entre el poseedor anterior fallecido y sus herederos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 29 de octubre de 2001).

Cabe recordar que un acervo o patrimonio herencial puede adquirirse de distintos modos, por parte de los herederos o terceros, así: (1) *Sucesión*, que es el medio más expedito, normal y general en que adquieren el haz herencial; (2) *prescripción* o *usu-*

capión, que consiste en tener la posesión en forma pública, continúa y pacífica de los bienes herenciales o de algunos de ellos, y (3) *tradición o cesión a título gratuito u oneroso* (traspaso intervivos), que se produce cuando uno o todos los herederos transfieren o ceden a uno o varias personas los derechos herenciales sobre esos bienes, adquiriendo este la calidad de cesionario, y reemplazando a los herederos en todos sus derechos patrimoniales sobre la sucesión.

Ahora bien, la *posesión legal de los bienes herenciales* se encuentra consagrada en los artículos 757 y 783 del Código Civil colombiano, y equivale al derecho radicado en cabeza del heredero, consistente en una ficción según la cual se le considera poseedor, sin solución de continuidad, de la universalidad herencial, una vez deferida esta.

La posesión efectiva de la herencia la confiere el juez mediante un decreto sobre determinados bienes inmuebles y para efectos limitados por el mismo decreto a los herederos que lo soliciten. Es una especie de ficción que radica en el heredero un derecho derivado de su condición de tal. Esta posesión tiene por objeto evitar que la herencia se considere vacante y el ejercicio de la defensa posesoria de los bienes relictos, y entrar en posesión material de ellos.

El heredero es titular de las acciones posesorias de conservación y recuperación de las cosas que poseía el causante aun antes de haber tomado posesión de ellas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 975 del Código Civil colombiano, como lo es ceder el derecho de herencia y disponer de estos derechos.

Se debe puntualizar que la *posesión material de los bienes herenciales* se refiere a la clásica posesión conocida desde antaño en la legislación civil sustancial, en la que se ha requerido los elementos del *animus* y *corpus*, lo cual se puede corroborar en el artículo 762, de este mismo Código.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo. Con las salvedades que preceden, es claro que el heredero debe acreditar la mutación de su calidad, esto es, pasar de la posesión legal a la material, para poder acceder a la propiedad por prescripción adquisitiva.

La jurisprudencia ha analizado que la posesión legal del heredero no sirve para adquirir el dominio (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 6 de agosto de 1973); afirmación consistente en que todo heredero que detenta materialmente bienes herenciales se presume que lo hace con ánimo de heredero, porque la lógica impone concluir que una persona que tiene un derecho sobre la cosa, lo ejercita y lo reafirma en este carácter, antes que adoptar una conducta de facto diferente.

Por lo tanto, en este evento debe entonces el heredero que alegue la prescripción extraordinaria acreditar primeramente el momento preciso en que pasó la intervención del título de heredero, esto es, el momento en que hubo el cambio de la posesión material que ostenta como sucesor o heredero, por la posesión material del propietario del bien, es decir, la época en que en forma inequívoca, pública y pacífica se manifiesta objetivamente el *animus domini*, que,

junto con el *corpus*, lo deja como poseedor material común y, en consecuencia, con la posibilidad de adquirir la cosa por el modo de la prescripción.

Por lo tanto, hay que concluir que, mientras se posea legal y materialmente un bien como heredero, el tiempo de esta posesión herencial no resulta apta para usucapir esa cosa singular del causante, pues en tal evento, si bien se tiene el ánimo de heredero, se carece del ánimo de señor y dueño y, por lo tanto, no se estructura la posesión material común que, como se analizó, es la que resulta útil para la usucapición, como señala la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 4843 de junio 24 de 1997.

A título singular (*accessio possessionis*): es la suma de posesiones por virtud de negocio o actos jurídicos entre personas vivas. Es un negocio jurídico válido como la compraventa, permuta, donación, aporte de sociedad, etc., en el que haya pleno consentimiento entre el poseedor que se despoja de la materialidad de la cosa y de quien la adquiere en su condición de causahabiente; requiere homogeneidad en la posesión, vista como identidad o uniformidad en la cosa poseída con sucesión cronológica ininterrumpida; de modo que el antecesor o antecesores hayan sido poseedores del mismo bien formando una cadena de posesiones ininterrumpidas, y se debe hacer la entrega de la cosa poseída (Sentencia 011 del 6 de abril de 1999).

La Corte Suprema de Justicia Sala Civil en varias sentencias, y especialmente en la Sentencia del 5 de julio de 2007, precisó con claridad:

Para la concurrencia de la conexión válida de posesiones, el núcleo del instituto sumatorio "*intervivos*" se forja con la presencia de: i) negocio jurídico válido, esto es, que haya pleno consentimiento entre el poseedor que se despoja de la materialidad de la cosa y de quien la adquiere en su condición de causahabiente; ii) homogeneidad en la posesión, vista como identidad o uniformidad en la cosa poseída con sucesión cronológica ininterrumpida; de modo que el antecesor o antecesores, hayan sido poseedores del mismo bien formando una cadena de posesiones ininterrumpidas; y, ii) entrega de la cosa poseída.

Con relación al primer elemento ordenado, la Corte ha mantenido la tesis según la cual es necesario que exista un puente traslativo que permita la creación de un vínculo sustancial entre el sucesor y el antecesor, como la compraventa, permuta, donación, aporte de sociedad, etc., sin que necesariamente se requiera para su demostración escritura pública, porque ha modulado la antigua tesis, la cual indica que el título con virtualidad para anudar posesiones debía corresponder con la naturaleza jurídica del bien de que se tratara:

(...) Ahora bien, por su particular relación con el asunto que se examina resulta conveniente reiterar el aspecto de título singular generador de la sucesión de posesiones, que no puede perfeccionarse y, por ende, producir los efectos de agregación, sin que se cumpla con las formalidades legales señaladas para

el acto respectivo, es decir, por medio de público instrumento si se trata de la traslación del hecho de la posesión en inmuebles (...). (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 26 de junio de 1986)

Requisitos para acreditar la suma de posesiones

Conforme a las diferentes posturas que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado a lo largo de la vasta jurisprudencia se pueden exponer las siguientes:

La postura derogada: atañe a la exigencia de escritura pública para la suma de posesiones a título singular, disertada en su momento en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, mediante las siguientes jurisprudencias, Sentencia de 26 de junio de 1951, LXX, p. 408; Sentencia del 15 de febrero de 1966, 1966, CXV, p. 123; Sentencia 26 de agosto de 1969, CXXI, p. 180; Sentencia del 21 de agosto de 1978; Sentencia del 13 de septiembre de 1980; Sentencia del 26 de junio de 1986 y Sentencia SC12323-2015 del 11 de septiembre de 2015.

Para mayor claridad en torno a la postura revaluada, se precisa que en su momento se exigía la convención o contrato con virtualidad para anudar posesiones, atendiendo a la naturaleza del bien de que se trate; esto quiere decir que, si el título invocado es la venta, no puede ser sino mediante escritura pública, porque es eso lo que demanda el artículo 1857 del Código Civil colombiano para los bienes inmuebles, criterio que luego defendió copiosamente.

Así puede verse en las sentencias del 26 de junio de 1951, LXX, p. 408; 15 de febrero de 1966 CXV, p. 123; 26 de agosto de 1969 CXXI, p. 180; 21 de agosto de 1978; 13 de septiembre de 1980 y 26 de junio de 1986, donde se decide lo siguiente:

(...) el vínculo jurídico que se forme debe hacerse de acuerdo con la naturaleza del bien. En otras palabras, si se trata de un inmueble tiene que instrumentalizarse tal como lo indica el Código Civil para el acto respectivo, esto es, que, si es compraventa, permuta, donación, etc., debe hacerse por escritura pública, bajo el designio traslativo que encierran estos negocios.

En este mismo fallo se reiteró líneas más adelante que tal título no puede perfeccionarse «sin que se cumpla con las formalidades legales señaladas para el acto respectivo, es decir, por medio de público instrumento si se trata de la traslación del hecho de la posesión en inmuebles» (CLXXXIV, p. 100).

Postura subsiguiente: se exigía título idóneo para la suma de posesiones entre vivos expediente 4931 (Sentencia 011 del 6 de abril de 1999).

Posición vigente: se limita y plantea que se requiere un negocio válido, cuando se trata de suma de posesiones entre vivos (Sentencia del 5 de julio de 2007). Es de anotar que la jurisprudencia vigente en la materia ha concluido que “por consecuencia, un título cualquiera le es suficiente, nada más que sea idóneo para acreditar que la posesión fue convenida o consentida con el antecesor, por ende, a la unión de posesiones no puede llegar quien a otro desposeyó”.



Esta postura precisa que el código civil autoriza al poseedor para que sume a la suya la posesión del antecesor, porque de haberse llegado a exigir que cada quien poseyera por sí durante todo el tiempo necesario para prescribir, la usucapión se tornaría casi imposible, debido a las constantes e incesantes mutaciones a que están sometidos a menudo los bienes; de suerte que, de haberse llevado aquel principio hasta sus últimas consecuencias, produciría la destrucción misma de los efectos de la posesión.

En este orden, la suma de posesiones resulta una forma facilitadora para ganar un predio por prescripción adquisitiva, aunque es necesario que siempre se valide cómo se llegó al bien. No basta el mero hecho de la posesión, porque en ese momento necesitará un agregado, justificar el apoderamiento de la cosa.

Concluyendo, un título cualquiera le es suficiente. Nada más que sea idóneo para acreditar que la posesión fue convenida o consentida con el antecesor. Por ende, a la unión de posesiones no puede llegar quien a otro desposeyó.

De tan notable privilegio no podrán disfrutar ni los ladrones ni los usurpadores. Estos no cuentan con más posesión que la suya. Unos y otros no reciben de nadie nada. Y, así no puede considerarse al usurpador, por ejemplo, sucesor, ni antecesor a la víctima del despojo, toda vez que eliminada de un tajo queda toda relación de causante a causahabiente.

Con las proposiciones expuestas, se hace una relación puntual al pronunciamiento de la Corte Suprema

de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia de fecha 11 de septiembre de 2015, magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, donde concluyó:

(...) la anexión válida de posesiones, el núcleo del instituto sumatorio “intervivos” se forja con la presencia de: i) negocio jurídico válido, esto es, que haya pleno consentimiento entre el poseedor que se despoja de la materialidad de la cosa y de quien la adquiere en su condición de causahabiente; ii) homogeneidad en la posesión, vista como identidad o uniformidad en la cosa poseída con sucesión cronológica ininterrumpida; de modo que el antecesor o antecesores, hayan sido poseedores del mismo bien formando una cadena de posesiones ininterrumpidas; y, ii) entrega de la cosa poseída. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 26 de junio de 1986).

¿Cómo se prueba la suma de posesiones?

Tenemos entonces que el sustento de los medios probatorios que pueden resultar conducentes, pertinentes y útiles se debe apreciar conforme a la regla general de la libertad probatoria, que es razonada a la luz de las reglas de la sana crítica, decantadas en la Sentencia del 28 de junio de 2017 (Corte Suprema de Justicia Sala Civil), donde se disertó que esta se constituye en el parámetro de valoración racional de todas las pruebas, artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, 2003, p. 195 y el artículo 176 del Código General del Proceso, 2012, p. 228, y alude a las reglas de la lógica (formal y no formal); las máximas de la experiencia; las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados y los procedimientos, protocolos guías y reglas admitidos por los distintos ámbitos

profesionales o técnicos, a las que está sujeta la actividad probatoria y sus respectivas conclusiones sobre los hechos que interesan al procedimiento.

Atendiendo a la tipología de la suma de posesiones, esto es, singular o universal, y a los medios probatorios deseables para dilucidar su ocurrencia en torno a la legitimidad de su recaudo y valoraciones, se explica lo siguiente:

A título universal (*sucesio possessionis*): atendiendo a que el heredero alega haber ganado la propiedad por prescripción de un bien que corresponde a la masa sucesoral, debe probar que lo posee en forma inequívoca, pública y pacíficamente; no como heredero y sucesor del difunto, sino que lo ha poseído para sí, como dueño único, sin reconocer dominio ajeno, ejerciendo como señor y dueño exclusivo actos de goce y transformación de la cosa.

Dicho lo anterior, se deben recaudar medios probatorios que acrediten primeramente el momento preciso en que pasó la intervención del título de heredero, esto es, el momento en que hubo el cambio de la posesión material que ostenta como sucesor o heredero, por la posesión material del propietario del bien, es decir, la época en que en forma inequívoca, pública y pacífica se manifiesta objetivamente el *animus domini*, que, junto con el corpus, lo ubicaba como poseedor material común y, en consecuencia, con posibilidad de adquirir la cosa por el modo de la prescripción.

Así las cosas, los medios probatorios para dilucidar la existencia de un heredero, que con ajenidad a su aspiración de suceder se constituyó como poseedor que ha exhibido públicamente un ánimo de señor y dueño por el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva, serán en principio para acreditar la filiación y *cujus*, el respectivo registro civil de nacimiento y registro civil de defunción.

Ahora bien, para acreditar que el heredero se constituyó en poseedor de determinado predio, se puede servir de documentos que acrediten la construcción de mejoras, pago de impuesto, así como testimonios de personas dotadas de capacidad, instrumentalidad y credibilidad, que les permitan brindar las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Sobre la prueba de la suma de posesiones, tratándose de herederos del anterior poseedor, la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de puntualizar lo siguiente:

Al margen de los planteamientos precedentes, habida consideración que para el juez de segundo grado el vínculo jurídico que echó de menos, en el caso propuesto por los demandantes, debía demostrarse únicamente a través del proceso de sucesión en el que se les hubiera adjudicado la posesión del predio pretendido o de un acto entre vivos, en cumplimiento de la previsión consagrada en el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, la Corporación estima indispensable hacer la correspondiente rectificación doctrinaria, en orden a lo cual ha de precisar que, para los propósitos de sumar a la posesión de unos here-

deros demandantes la ejercitada por el de cujus, no necesariamente debe demostrarse, y menos exigirse, la respectiva adjudicación a aquéllos en la sucesión de éste para tener por cumplido el presupuesto relativo a la vinculación de los diversos actos posesorios que se pretendan añadir, como quiera que, conforme a los artículos 778 y 2521 *ibídem*, cuando en las circunstancias anotadas se aspire efectuar esa especie de agregación basta acreditar que los actores, a raíz del deceso del antecesor, adquirieron la posesión que ese causante venía ejecutando por haberles sido transmitida “a título universal, por herencia, o singular, por contrato” (G. J., t. LX, p. 810), de donde resulta palmario que, evidenciada la calidad de heredero de quien sumando posesiones deprecia para sí la declaración adquisitiva del dominio por el modo de la prescripción, queda demostrado “el vínculo por el cual el causante transmitió a la demandada, al título indicado, los derechos derivados de la posesión ejercida sobre el bien perseguido, habilitándola para agregar al tiempo de su posesión personal, el período durante el cual lo poseyó aquel”. (G. J., t. CCLVIII, pp. 327 y 328)

Para el criterio que se viene comentando, la Sala lo reiteró recientemente al señalar que tratándose de la suma de posesiones, aducida con fundamento en el deceso del poseedor anterior, el mentado vínculo “lo constituye, de un lado, el fallecimiento del poseedor anterior y del otro, la inmediata delación de la herencia a sus herederos (art. 1013, C.C.), porque es en ese preciso instante en que el antecesor deja de poseer ontológica y jurídicamente y en el que sus causahabientes, según sea el caso, continúan poseyendo sin solución de continuidad, merced a una ficción legal, vale decir sin interrupción en el *tempus*” (Sentencia número 171 de 22 de octubre de 2004), jurisprudencias unificadas en la Sentencia del 30 de junio de 2005 de la Corte Suprema de Justicia”.

Ahora bien, para mayor claridad se realiza un esbozo en la Tabla 1, donde se discrimina lo que se debe probar y cómo se puede lograr el cometido:

61

Tabla 1

Cuadro comparativo medios probatorios en la pertenencia

Qué se debe acreditar	Cómo se puede acreditar*
La filiación y <i>cujus</i>	Registro civil de nacimiento y defunción
Momento a partir del cual el heredero asumió como poseedor)	<p>Pruebas documentales:</p> <p>Recibos de pago de impuestos, servicios públicos domiciliarios y construcción de mejoras (estos permiten inferir el lapso a partir del cual el poseedor asumió los gastos del predio con ánimo de señor y dueño)</p> <p>Pruebas testimoniales:</p> <p>Declaraciones de parte de las personas que instrumentalmente tengan conocimiento de a partir de qué momento y mediante qué conductas el poseedor asumió el ánimo de señor y dueño. Además, deben ser personas capaces y dotadas de credibilidad.</p> <p>Al respecto se pueden servir del titular de derecho real de dominio, colindantes, etc. La idea es que se brinde información clara en torno a la fecha a partir de la cual se inició la posesión, cómo se gestó (por ejemplo: se construyó una casa, plantaron cultivos. La forma de explotación en términos generales, la destinación del predio).</p>

Elaboración propia

A título singular (*accessio possessionis*): i) negocio jurídico válido como la compraventa, permuta, donación, aporte de sociedad, etc., en el que haya pleno consentimiento entre el poseedor que se despoja de la materialidad de la cosa y de quien la adquiere en su condición de causahabiente; ii) homogeneidad en la posesión, vista como identidad o uniformidad en la cosa poseída con sucesión cronológica ininterrumpida; de modo que el antecesor, o antecesores, haya sido poseedor del mismo bien formando una cadena de posesiones ininterrumpidas y ii) entrega de la cosa poseída. (Sentencia 011 del 6 de abril de 1999).

Es de resaltar que esta modalidad de suma posesiones, de acuerdo con lo disertado por la Corte Suprema

de Justicia Sala de Casación Civil, en Sentencia del 11 de septiembre de 2015, concluyó que se acredita mediante cualquier medio probatorio que sea conducente, pertinente y útil y para una mayor claridad.

Se extrapola que la Corte precisó, lo siguiente:

Del mismo modo, ningún reparo acerca del título o negocio jurídico que eslabona una y otra posesión, en el caso, una promesa de compraventa; ni respecto de la conducencia de la prueba de su adquisición cuando es convencional, punto en el cual existe libertad demostrativa, como así lo precisó esta Corporación en Sentencia 083 de 5 de julio de 2007, expediente 00358, citada en el cargo.



No obstante, se esbozan en la Tabla 2 las modalidades de negocios jurídicos que tiene la virtualidad de dinamizar una suma de posesiones singular y el medio probatorio que resulta hábil para su acreditación:

Tabla 2.

Características de los negocios jurídicos

Negocio jurídico (contratos traslaticios del dominio)	Mediante qué medios probatorios se puede acreditar*
Compraventa - promesa de venta	Documento de compraventa: en principio basta el documento privado mediante el cual se le entregó materialmente el predio a una persona, que a su vez se obliga a una contraprestación, que en todo caso radica en cabeza del primero, el ánimo de señor y dueño (art. 1611-1849 Código Civil).
Permuta	Documento de permuta: en principio basta el documento privado, mediante el cual se le obligó a la entrega material del predio a una persona, que a su vez se obligó a entregar un bien a otra de manera vitalicia, artículo 1538 del Código Civil colombiano, p. 627.
Donación	Documento de donación: en principio basta como insumo necesario para identificar, el soporte mediante el cual se le entregó materialmente a título gratuito y vitalicio, el predio a una persona, pues ello es suficiente para que se dote la posesión que permite ejercer con ánimo de señor y dueño artículo 1443 del Código Civil colombiano (p. 577).
Pruebas testimoniales para todos los casos:	
Declaraciones de parte de las personas que instrumentalmente tengan conocimiento de a partir de qué momento y mediante qué conductas el poseedor asumió el ánimo de señor y dueño. Además, deben ser personas capaces y dotadas de credibilidad.	
Al respeto se pueden servir del titular de derecho real de dominio, colindantes, etc. La idea es que se brinde información clara en torno a la fecha a partir de la cual se inició posesión, cómo se gestó (por ejemplo, se construyó una casa, plantaron cultivos. La forma de explotación en términos generales de la destinación del predio).	

Elaboración propia

63

CONCLUSIONES

Si bien es cierto que el proceso de pertenencia o el establecido en la Ley 1561 de 2012 indica el procedimiento para adquirir un bien inmueble vía prescripción adquisitiva de dominio ordinaria o extraordinaria según el caso, y cómo requerirá la aplicación de la suma de posesiones, puede notarse que la norma establecida en los artículos 778 y 2521 del Código Civil colombiano no establece los requisitos suficientes para determinar cómo probar la figura jurídica citada.

Así, la Corte Suprema de Justicia ha establecido ciertos requisitos, y finalmente el juez desde su sana crítica y aplicación de los principios de valoración de la prueba es el que determina si los hechos fueron probados dentro del proceso determinando la existencia o no de la suma de posesiones, por lo que se debe reformular la legislación desde el punto de vista

metodológico y político para evitar que afecten al país, específicamente en materia de tierras.

Por eso, se debe tener un criterio único para determinar y probar la suma de posesiones, por lo que es necesario adicionar un artículo que señale los requisitos para que opere la suma de posesiones a título universal o singular, como los expuestos en las tablas que anteceden.

Sin embargo, conforme a los estándares de prueba que señala el estudioso Jordi Ferrer (citado en García, 2016, pp. 163-189) se debe aplicar el estándar de prueba, donde se deben valorar todos los insumos probatorios que se deben tener en cuenta para la toma de una decisión que no afecte al poseedor regular o irregular del bien inmueble y, de esta manera, se le pueda titular o sanear el título precario o incompleto que ejerce sobre ese predio, ayudando al juez a tomar mejor un decisión en favor de la persona que requiere se le falle en justicia.



REFERENCIAS

Código Civil Colombiano. Congreso de la República. 26 de mayo de 1873. D. O. No. 2.867.

Código de Procedimiento Civil. Ley 794 de 2003. (Colombia)

Código General del Proceso. 12 de julio de 2012. D. O. No. 48.489

García, E. R. (2016). Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica. *Insonomía*, 163-189.

Montenegro, L. (2017). Forming State through Land Reform Policy: The Dynamics of Baldío Allocation in Peripheral Colombia. Documentos CEDE ISSN 1657-7191 Edición Electrónica. Universidad de los Andes. Bogotá. [https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzGkZtCICBkCnGMKLRZRMvwwQklb ?projector=1&messagePartId=0.1](https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzGkZtCICBkCnGMKLRZRMvwwQklb?projector=1&messagePartId=0.1)

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Acto Legislativo 03. 19 de diciembre de 2002. D. O. No. 45.040.

Sentencia C - 776 [Sala Plena de la Corte Constitucional]. Expediente D-8027. 29 de septiembre de 2010.

Sentencia C-3871 [Sala Plena de la Corte Constitucional]. Expediente D-9997. 25 de junio de 2014.

Sentencia C-368 [Sala Plena de la Corte Constitucional]. Expediente D-9960. 11 de junio de 2014.

Sentencia C-029 [Sala Plena de la Corte Constitucional]. Expediente D-729028, de enero de 2009.

Sentencia del 29 de octubre de 2001 [Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil]. Expediente No. 58. 29 de octubre de 2001.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civi]. 16 de agosto de 1973.

Sentencia 4843 [Corte Suprema de Justicia Sala de Casacion Civil]. 24 de junio de 1997.

Sentencia 011 [Corte Suprema de Justicia]. Expediente 4931 del 6 de abril de 1999.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia]. 5 de julio de 2007.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia]. 26 de junio de 1986.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia]. 21 de agosto de 1978.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia]. 13 de septiembre de 1980.

Sentencia SC12323-2015 [Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil]. 11 de septiembre de 2015.

Sentencia 011 [Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil]. Expediente 4931. 6 de abril de 1999.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil]. Expediente 08001-3103-007-1998-00358-0. 15 de julio de 2007.

Sentencia SC12323-2015 [Corte Suprema de Justicia]. 11 de septiembre de 2015.

Sentencia SC-91932017 [Corte Suprema de Justicia Sala Civil].
Expediente 1001-31-03-039-2011-00108-01 28 de junio
de 2017- 1.

Sentencia 171 [Corte Suprema de Justicia]. Expediente 7757. 22 de oc-
tubre de 2004.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil].
Expediente No.7797. 30 de junio de 2005.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia] M. P. Manuel Isidro Ardila
Velásquez. Expediente 08001-007-1998-00358-01. 05 de ju-
lio de 2007.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia]. 26 de junio de 1951.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia]. 15 de febrero de 1966.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia]. 26 de agosto de 1969.

Sentencia [Corte Suprema de Justicia]. Velásquez, M. I. Expediente
08001-007-1998-00358-01. 5 de julio de 2007.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO DE LA LEY 906 DE 2004

THE FIGURE OF PRE-AGREEMENTS IN THE COLOMBIAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM OF LAW 906 OF 2004

A FIGURA DOS PRÉ-ACORDOS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL COLOMBIANO DA LEI 906 DE 2004

RESUMEN

Los preacuerdos en Colombia constituyen una forma de terminación anticipada del proceso penal, los cuales tiene origen en el sistema penal anglosajón y especialmente en el de los Estados Unidos con la figura de los *Plea Bargaining*. Debe aclararse que el objetivo del presente documento no es hacer un recuento histórico de esta institución procesal, así como tampoco se busca hacer un análisis de contraste del derecho comparado; en realidad se busca hacer un somero estudio acerca de la figura de los preacuerdos dentro del proceso penal colombiano, partiendo desde su naturaleza misma, es decir, como forma anticipada de terminación del proceso y por supuesto, la justicia que le da razón de ser, es decir, la justicia premial. De esta manera se desarrollarán los objetivos específicos, en temas tales como las modalidades del preacuerdo, la intervención de la víctima dentro del mismo, quienes pueden intervenir en el preacuerdo, las posturas a favor y en contra de la aplicación de esta figura jurídica y finalmente las tesis que explican la intervención del juez de conocimiento en esta institución. Lo anterior, permitirá arribar a una serie de conclusiones. Todo lo anterior, a partir de la implementación de una investigación de tipo cualitativo, a través de un estudio descriptivo documental.

Palabras Clave: Preacuerdo; justicia premial; Sistema Penal Acusatorio; juez de conocimiento; formas anticipadas de terminación del proceso.

Juan Sebastián Bastidas Zárate¹

<https://orcid.org/0000-0002-1824-4041>

¹ Abogado, Magíster en derecho penal y procesal penal de la Universidad Santo Tomás - Tunja. Actualmente, Juez Promiscuo Municipal de Tenza. Investigador independiente. Correo electrónico jusebaza2438@hotmail.com. ORCID. 0000-0002-1824-4041

Artículo de investigación

Fecha recibido: 15/08/2023

Fecha aceptado: 16/10/2023

Cómo citar:

Bastidas, J. (2024). La figura de los preacuerdos en el Sistema Procesal Penal Colombiano de la Ley 906 de 2004. *Justicia, sociedad y derecho*, 2(4), 68-90. doi: <https://doi.org/10.24267/25009389.1067>

**ABSTRACT**

Pre-agreements in Colombia constitute a form of early termination of the criminal process, which has its origin in the Anglo-Saxon criminal system and especially in that of the United States, with the figure of the Plea Bargaining. It should be clarified that the objective of this document is not to make a historical account of this procedural institution, nor does it seek to make a comparative analysis of comparative law, in reality it seeks to make a brief study about the figure of pre-agreements within the process. Colombian penal system, starting from its very nature, that is, as an early form of termination of the process and of course, the justice that gives it its reason for being, that is, reward justice. In this way, the specific objectives will be developed, on topics such as the modalities of the pre-agreement, the intervention of the victim within it, who can intervene in the pre-agreement, the positions for and against the application of this legal figure and finally the theses that explain the intervention of the judge of knowledge in this institution. The above will allow us to reach a series of conclusions. All of the above, based on the implementation of qualitative research, through a descriptive documentary study.

Keywords: Pre-agreement; reward justice; Accusatory Penal System; knowledge judge; early forms of termination of the process; criminal action.

RESUMO

Os pré-acordos na Colômbia constituem uma forma de extinção antecipada do processo penal, que tem sua origem no sistema penal anglo-saxão e especialmente no dos Estados Unidos, com a figura do Plea Bargaining. Cabe esclarecer que o objetivo deste documento não é fazer um relato histórico deste instituto processual, nem tampouco busca fazer uma análise comparativa do direito comparado, na realidade busca fazer um breve estudo sobre a figura do pré-acordos dentro do processo. O sistema penal colombiano, a partir de sua própria natureza, ou seja, como forma antecipada de encerramento do processo e, claro, a justiça que lhe dá razão de ser, ou seja, recompensar a justiça. Desta forma, serão desenvolvidos os objectivos específicos, sobre temas como as modalidades do pré-acordo, a intervenção da vítima no seu interior, quem pode intervir no pré-acordo, as posições a favor e contra a aplicação deste direito figura e por fim as teses que explicam a intervenção do juiz do conhecimento nesta instituição. O que foi dito acima nos permitirá chegar a uma série de conclusões. Tudo isso baseado na implementação de uma pesquisa qualitativa, por meio de um estudo documental descritivo.

Palavras-chave: Pré-acordo; recompensar a justiça; Sistema Penal Acusatório; juiz de conhecimento; formas antecipadas de encerramento do processo; ação criminosa.

INTRODUCCIÓN

El derecho penal es la rama del derecho que reviste mayor complejidad, teniendo en cuenta que los asuntos sometidos a su escrutinio abarcan conflictos que incluso se encuentran muy arraigados en la misma sociedad. La complejidad del mismo, no está dada por el estudio del delito en sí, lo cual no significa que este aspecto no sea de vital importancia, sino en las consecuencias que del delito se derivan, las cuales repercuten en la sociedad, la víctima y por supuesto el autor del hecho mismo.

De acuerdo con lo anterior, se comprende que el derecho penal al constituir la última ratio y, por ende, la máxima expresión de la represión y agresividad del Estado, tiene en sus manos la libertad e incluso, “la vida misma” del que podría llamarse criminal. Es por esta razón, que el sistema penal de cualquier Estado debe estar encaminado a la humanización y por supuesto a la dignificación de la persona, no solo de la víctima, sino también del victimario y precisamente, estos ideales, inspiraron la inclusión en el sistema jurídico, de figuras que aún hoy, representan no solo una innovación sino, para algunos, una extrañeza.

Con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio estructurado en el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004, se pensó en eficacia, celeridad y claro, en un proceso penal que no solamente diera resultados, sino que reflejara los ideales y garantías constitucionales, para que el juicio se diera en la medida en que existiera mayor controversia y mayor relevancia; es decir, se buscaba

que no todos los asuntos sometidos a investigación terminaran en un juicio oral, sino que mediante la inclusión de figuras como los preacuerdos, los procesos terminaran más eficazmente, incluso con la colaboración del mismo procesado, quien participaría en la decisión, que en últimas terminaría por afectarlo, tal y como prescribe el Artículo 2 superior¹ que consagra este precepto como uno de los fines esenciales del Estado colombiano.

Pese a los ideales antes mencionados en torno a esta figura, existe gran controversia y la jurisprudencia, las decisiones de tribunales y jueces, así como la doctrina, no han sido pacíficas, lo cual permite pensar que el preacuerdo es uno de los aciertos y a la vez equívocos del sistema penal acusatorio, debido a que para muchos es una figura de humanización, de eficacia y de vital importancia para el ejercicio profesional de jueces, fiscales y defensores, y para muchos otros, una institución que rompe con el debido proceso y por supuesto el principio de legalidad, situación que en última instancia deriva en concesiones que constituyen impunidad, situación que se desarrollará en el transcurso del documento.

1 La norma superior prescribe lo siguiente: “Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Precisamente la controversia, muy debatida en estos escenarios, fue lo que llevó a elegir el tema que se pretende desarrollar en este artículo. No obstante, antes de hablar de la figura como tal, y de las controversias que en torno a esta institución jurídica se han venido presentando en los estrados judiciales, especialmente en la intervención del juez de conocimiento, es menester tocar otros temas que permitirán comprender de una mejor manera el tema principal. Así, el presente escrito abordará en primer lugar las formas de terminación anticipada del proceso penal, continuando en segundo lugar con la justicia premial, para finalizar en tercer lugar con el tema principal de esta reflexión, es decir, los preacuerdos. Corolario de todo lo anterior, se precisarán algunas conclusiones que redondearán la temática aquí tratada y que reflejarán las reflexiones finales del estudio propuesto.

Todo lo expuesto y desarrollado en este documento, se basó en la idea de realizar una aproximación al objeto de estudio a través de una investigación de tipo cualitativo, toda vez que se pretende estudiar y describir las relaciones normativas y doctrinales en torno a la figura de los preacuerdos en el sistema procesal penal colombiano, sin que se pretenda realizar un análisis comparativo en derecho comparado, o relatar la historia de la institución, lo cual no implica que no deba realizarse un somero análisis contextual en punto del origen de la figura jurídica. Lo anterior, a través de un estudio descriptivo documental, toda vez que se pretenden interpretar los textos legales y doctrinales frente al objeto de estudio para precisar su verdadero sentido.

FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

Las formas de terminación anticipada del proceso, según el Manual para operadores jurídicos, de la USAID (2012) se definen como:

“institutos procesales modernos con claras funciones de economía procesal, que permiten flexibilizar y descongestionar la justicia penal, evitando el desarrollo progresivo y completo del proceso penal ordinario a través de formas simplificadas o abreviadas tendientes a obtener en menor tiempo la extinción de la acción penal en cualquiera de sus formas” (p. 12).

Como se observa, estas instituciones buscan en gran medida obtener una pronta y cumplida justicia y entre otras cosas, humanizar de la misma manera la actuación penal, evitando la incursión en un sistema de audiencias que a la larga revictimiza a la víctima y victimiza al victimario y a sus familiares. Así, USAID (2012) argumentó:

“estos institutos procesales permiten al imputado no verse sometido a un juicio público que a la postre le depare mayor reproche social, con el consiguiente daño moral para él y su familia, favoreciéndose además su proceso de reinserción en la comunidad” (p. 12)

Adicionalmente, estas instituciones, aplican uno de los ideales del Sistema Penal Acusatorio, así como del derecho penal mismo, y es el sometimiento a juicio de la menor cantidad de casos, atendiendo obviamente

a la complejidad y relevancia que revistan². El proceso penal como se ha dicho, es la máxima representación de la represión del Estado y por ende última ratio, y a razón de ello, estas figuras jurídicas, que, si bien es cierto, se encuentran en el marco del sistema penal, materializan ese principio de mínima intervención, ya que constituyen alternativas diferentes a la solución del conflicto suscitado con el delito y evitan el juicio, culmen del *ius puniendi* o facultad punitiva y sancionadora del Estado.

En ese orden de ideas, se encuentran dos clases de mecanismos o formas anticipadas de terminación del proceso. En primer lugar, aquellas salidas no consensuadas, es decir, que dependen de una decisión unilateral, y que por ende no involucran negociación alguna y en segundo lugar, aquellas salidas consensuadas, es decir, que involucran algún tipo de negociación y por ende la participación de los actores partes del proceso. Los mecanismos que conforman el primer grupo de alternativas son las siguientes:

Desistimiento de la víctima: Esta figura opera únicamente en materia de delitos querellables, o

² Al respecto, vale la pena señalar lo expresado en el Manual para Operadores Jurídicos, de la USAID (2012) de la siguiente manera: “Como lo ha demostrado la larga experiencia aplicada al rito acusatorio en los países denominados del common law, la administración de la justicia penal no podría cumplir sus fines si la mayor parte de sus casos no fuera definida a través de itinerarios procesales diversos al ordinario de indagación, investigación, fase intermedia y juicio oral. Las salidas alternas procuran dar vías de solución opcionales al juicio, bajo precisas condiciones constitucionales y legales aplicadas con criterios político – criminales en interés de una pronta y cumplida justicia, y sobre la necesidad de hacer partícipes de la solución del conflicto generado por el delito a las mismas partes e intervinientes” (p. 37).

sea lo consagrados en el Artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, y puede hacerla quien se encuentra legitimado para querellar, es decir, la víctima. Consiste en renunciar a la querrela en forma voluntaria, libre e informada, terminando así la actuación penal.

- Oblación: Es definida por USAID (2012) de la siguiente manera: “Como mecanismo alternativo al juicio oral, la oblación es una forma de evitarlo o disponer el fin del proceso a instancia del procesado, cuando esté siendo investigado o juzgado por un delito que solo tenga pena de unidad de multa, caso en el cual puede ofrecer el pago de la suma que el juez le señale “dentro de los límites fijados por el artículo 39”, junto con el valor de la indemnización para la víctima, cuando ello proceda”. (p. 39).
- Amnistía propia: Depende del órgano legislativo, quien, mediante la expedición de una ley, permite la terminación anormal del proceso, reconociendo una situación general, pero de carácter político, haciendo acreedores de la extinción de la acción penal, a aquellas personas perseguidas por delitos políticos.
- Principio de oportunidad: Es la renuncia, suspensión o interrupción por parte del Estado al ejercicio de la acción penal, en obediencia a una política criminal de Estado.
- Aceptación o allanamiento a cargos: Corresponde a la facultad que asiste al procesado para renun-

ciar al derecho que tiene de guardar silencio y no auto incriminarse.

El segundo grupo de salidas alternativas o formas de terminación anticipada del proceso penal, se compone de los siguientes mecanismos:

- Preacuerdos. Este tema, siendo el ítem central de esta intervención, será tratada con mayor profundidad más adelante.
- Modalidades de justicia restaurativa: Según Restrepo (2005), "es todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan de forma conjunta y activa para la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador" (P. 205). Dicho resultado, según Restrepo, se entiende como: "el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad" (p. 205). Los mecanismos de justicia restaurativa de que trata la ley procesal, son la conciliación y la mediación.

Vale la pena resaltar, que el segundo grupo de formas de terminación anticipada del proceso, y por ende alternas a la forma tradicional de terminarlo, es decir, el juicio oral, y especialmente los preacuerdos, encuentran su base fundamental en la justicia restaurativa, tema que será tratado a continuación.

JUSTICIA PREMIAL

Esta clase de justicia permite plantear una negociación en la que se encuentran de por medio una serie de premios, recompensas o mejor, una serie de beneficios, para quienes colaboren con la labor investigativa, mediante la confesión y la delación. Entonces, lo que se busca es retribuir la colaboración, entendiendo que una de las consecuencias de la justicia premial es el estímulo de la terminación anticipada del proceso, en aras de obtener una pronta y cumplida justicia. Sin embargo, vale la pena diferenciar la recompensa del premio, ya que, a pesar de ser aparentemente la misma circunstancia, difieren en la práctica. Al respecto el Juzgado 2 Penal del Circuito de Tunja, en providencia de 19 de febrero de 2015, anota lo siguiente:

"Una de las modalidades más vistas en la práctica para combatir el delito son las recompensas, que permiten la iniciación del proceso. Otras figuras se ven al interior del mismo y pretenden definir de manera previa al juicio la responsabilidad del imputado, de modo que este renuncie a tal garantía y obtenga rebajas para su pena por la colaboración o confesión de la culpabilidad, estos son los premios; las recompensas se dan a terceros, los premios se le dan al procesado" (Juzgado 2 Penal Cco. Tunja. Sentencia No. 002-15 de 19-01/2015, S. Martínez).

Precisamente de la idea de los premios, deriva el nombre de justicia premial y es un factor que incorporó la Ley 906 de 2004, atendiendo a la imposibilidad del sistema para conocer en juicio el 100% de los asuntos sometidos a su consideración. Como se había



mencionado antes, la idea de mínima intervención y el sometimiento a juicio de la menor cantidad de casos, de acuerdo a su complejidad y relevancia, se ve retratada en la justicia premial, que lleva inmersos, como resulta claro, principios y garantías constitucionales que encuentran su aplicabilidad práctica en las figuras previamente explicadas.

Frente al particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expuso:

“Huelga anotar, porque ya es un tópico suficientemente conocido, que por su naturaleza, el sistema acusatorio o de partes, delimitado dentro del principio de inmediatez de pruebas, reclama del camino excepcional de la justicia premial, no solo porque ello, como reseña la normatividad inserta en la Ley 906 de 2004, facilita la intervención de las partes en la solución del conflicto, sino, particularmente, en atención a que resulta imposible, en términos logísticos, adelantar juicios por todos y cada uno de los delitos objeto de denuncia o de conocimiento oficioso por las autoridades” (CSJ. Sentencia 42184 de 15-10/2014, G. Malo).

Habiendo hecho estas presiones, es procedente entonces, abordar la materia central de este documento, que en suma representa una de las modalidades más destacadas de la justicia premial, es decir, los Preacuerdos y Negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado.

LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO

LOS PLEA BARGAINING DEL MODELO NORTEAMERICANO

Antes de cualquier consideración, es importante recordar el origen de la institución de los preacuerdos, que como es bien sabido no es propia de la legislación nacional, ni tampoco lo es del sistema continental europeo del que deriva gran parte de la tradición jurídica colombiana, sino que surge en el sistema anglosajón y específicamente en el sistema norteamericano, cuya cultura jurídica difiere de la cultura patria y cuyo contexto político, económico y social también lo hacen. Se habla entonces de lo que, en el derecho anglosajón, se conoce como el plea bargaining. Esta figura, señalan Bernal y Montealegre (2010):

Es realmente una institución centrada en una negociación autónoma y discrecional entre las partes que favorece el sistema, porque inicia como una conversación acerca de las formas de alegar ante el Tribunal o alegaciones preacordadas y cuando ya se está ante el Tribunal, constituirá, una alegación de culpabilidad (p. 79).

Básicamente esta institución consiste en la facultad discrecional que se le otorga a la fiscalía para que entre a conversar con el imputado, asistido por su defensa, en aras de obtener una alegación o confesión de culpabilidad llamada “guilty plea”, a cambio de una serie de beneficios, es decir, una culpabilidad preacordada. No obstante, en el modelo anglosajón, es menester hacer la distinción entre las diferentes

75

modalidades de plea bargaining. En sentencia de 19 de enero de 2015, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja se refirió al tema en los siguientes términos

“En la práctica, esta confesión de culpabilidad toma tres formas básicas: una confesión voluntaria o no influida - voluntary or uninfluenced plea -, es lo que en nuestro medio asimilamos a los allanamientos que se dan en momentos procesales definidos en la Ley (sobre los cuales ya se ha hecho referencia); una confesión estructuralmente inducida - structurally induced plea - cuando la ley prevé una pena más grave para quien insiste en el juicio, ello es completamente ajeno a nuestro sistema; y una confesión negociada - negotiated plea - en la cual el acusado o su abogado acuerdan con la fiscalía sobre el delito, la pena a aplicar o ambos, esta corresponde al plea bargaining en cuanto implica un acuerdo transaccional entre fiscalía e imputado en el cual se decide sobre la condena (sentence bargainig) sin alterar los cargos originales o sobre los cargos (charge bargaining), permitiendo al fiscal alterar la acusación luego de confesar la culpabilidad” (Juzgado 2 Penal Cco. Tunja. Sentencia No. 002-15 de 19-01/2015, S. Martínez).

Debe decirse, que, al ser el sistema norteamericano más flexible, – por decirlo de alguna manera –, es admitida la presión por parte de la fiscalía, quien ostenta la titularidad de la acción penal, en la medida en que cuente con todos los elementos de convicción para establecer tanto la ocurrencia del hecho, como la participación del procesado y obviamente los elementos que respalden la presión a la que pretende proceder. En otras palabras, se debe contar en lo que se conoce dentro de la legislación procesal penal

colombiana, como una inferencia rozable de autoría o participación, lo cual evidentemente conlleva el concurso de una carga importante de prueba.

De esta manera, se permite a la fiscalía, proceder con mayor severidad si es que el procesado se niega a acceder a una de las modalidades de plea bargainig, lo cual se puede evidenciar en casos fallados por la Suprema Corte de los Estados Unidos, como en el caso *Bordenkircher vs, Hayes* en 1978, en el que se acusó a Paul Lewis Hayes, por el delito de falsedad de un cheque, que acarreaba una pena de entre 2 a 10 años de prisión. La fiscalía ofreció la pena de 5 años de prisión si Hayes se declaraba culpable, sin embargo, este no accedió, y la fiscalía que goza de la legítima presión, presentó nueva acusación, esta vez como delincuente habitual de Kentucky, obviamente teniendo todos los elementos que respaldaban dicho hecho, considerando que el procesado había sido convicto por dos delitos graves. El acusado alegó violación del debido proceso y en primera instancia fue acogida su teoría. No obstante, la Suprema Corte revocó la decisión, al considerar que la forma en que procedió la fiscalía era legítima bajo las realidades del proceso de plea bargainig, condenando a Hayes a cadena perpetua por delincuencia habitual.

En el caso en mención la Suprema Corte de los Estados Unidos (1978) expresó:

The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment is not violated when a state prosecutor carries out a threat made during plea negotiations to have the accused reindicted on more serious charges on which



he is plainly subject to prosecution if he does not plead guilty to the offense with which he was originally charged (pp. 434 U. S. 360-365)³.

De acuerdo con lo anterior, la fiscalía en el estado norteamericano puede proceder bien sea, por un delito más grave o por la reincidencia si el acusado se rehúsa a aceptar un acuerdo y el ente investigador se encuentra legitimado para proceder de esta manera, siempre y cuando, cuente con los elementos de convicción, que respalden sus presiones, lo cual no puede darse en un modelo como el colombiano, en el que impera el principio de legalidad, encontrándose jueces y fiscales sometidos al imperio de la ley⁴.

Una de las principales críticas a este modelo, es la exclusión de la víctima dentro de las negociaciones, debido a que solamente es necesaria la comparecencia del acusado y la participación de la víctima se reduce a la mención de una restitución indemnizatoria que formaría parte de la sentencia final. El anterior supuesto fáctico y jurídico difiere del caso colombiano, en el que se debe llamar a la víctima de manera obligatoria para que se haga presente en las negociaciones, con el fin de conocer su opinión y

tratar de conciliar los intereses de la misma con su victimario. Esta obligación, que legitima la aplicación del preacuerdo, se deriva de lo dispuesto en la sentencia C-516 de 2007, proferida por la Corte Constitucional, en sede de control de constitucionalidad de los artículos 11, 136, 137, 340 y 350 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en la que el máximo órgano de la jurisdicción constitucional y guardiana de la constitución, indicó que el llamado a la víctima para que formara parte de la negociación, no implicaba el poder de veto frente al acuerdo, lo cual en todo caso, no le quita los recursos procesales, para poder controvertir el pacto celebrado entre el ente acusador y el procesado en calidad de imputado o acusado.

LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

Los preacuerdos y negociaciones son una figura jurídica encaminada a la discusión y concertación por parte de la fiscalía y el imputado o acusado y su defensor, sobre los términos de la acusación, bajo determinadas condiciones de validez. Frente al particular la USAID (2012), expresó:

“El preacuerdo entonces, son un consenso de voluntades, bajo determinadas condiciones de validez, que tiene como propósito humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto; y lograr la participación del imputado en la definición de su caso (Art. 348 Código de Procedimiento Penal)” (p. 44)

³ La traducción del texto citado es la siguiente: “La Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda no es violada cuando un fiscal del estado lleva a cabo una amenaza hecha durante negociaciones para que el acusado vuelva a ser acusado de cargos más graves sobre los cuales él es claramente procesado si no se declara culpable de la ofensa con que fue acusado originalmente” (pp. 434 U. S. 360 - 365).

⁴ La mencionada prescripción se desprende del artículo 230 de la Constitución Política de 1991 que dispone lo siguiente: “ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Se entiende entonces según USAID (2012) que,

“El objeto de los acuerdos está determinado por obligaciones reciprocas adquiridas por las partes: el imputado se declara culpable del delito que se le imputa o de uno relacionado con pena menor; y el fiscal se compromete, en una primera eventualidad, a eliminar de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico (Art. 350.1 Código de Procedimiento Penal). La segunda eventualidad respecto del objeto de los acuerdos es que el acusado se declare culpable del delito imputado, y el fiscal a cambio tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena (Art. 350.2 Código de Procedimiento Penal). Sobre la base de la negociación, los acuerdos pueden también referirse a la pena por imponer, caso en el cual las partes tienen la posibilidad de pactar determinado quantum punitivo. El fundamento legal de este pacto de penas se encuentra en los artículos 369 y 370 del Código de Procedimiento Penal, que regulan las manifestaciones de culpabilidad preacordadas como consecuencia de las cuales, la fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere, y este no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la fiscalía” (p. 44-45)

De acuerdo con lo anterior, surge la necesidad de explicar las modalidades de preacuerdos que imperan dentro del sistema procesal colombiano.

MODALIDADES DEL PREACUERDO

Para poder hablar de las modalidades de preacuerdos, es necesario mencionar antes, los momentos procesales en los que es procedente preacordar. Así,

el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal establece que se podrán celebrar acuerdos entre la fiscalía y el imputado desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de presentar el escrito de acusación. Sin embargo, el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, establece que tras la presentación del escrito de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado por el juez al inicio del juicio se podrán celebrar acuerdos.

Se entiende entonces, que son dos momentos procesales que el legislador consagrado para efectos de llegar a manifestaciones de culpabilidad preacordada, otorgándole un efecto diferente al acuerdo, dependiendo de la etapa procesal en la que este es celebrado. El primer momento, está dado entre la imputación y la presentación del escrito de acusación y el segundo entre la presentación de la acusación y el interrogatorio que el juez de conocimiento debe realizar al acusado al iniciar el juicio oral. Estos momentos procesales marcan las modalidades de los preacuerdos, que son dos: una que tiene que ver con los cargos y la otra que tiene que ver con la pretensión punitiva, es decir, con la pena. De acuerdo con lo antes expuesto, puede decirse que existen dos formas de preacuerdos: una sobre la rebaja punitiva, teniendo en cuenta los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal y la otra sobre la eliminación de un cargo específico, causal de agravación punitiva o la adecuación típica favorable al procesado, siendo esta la modalidad más compleja de negociación, la cual no admite rebaja adicional de pena (Mestre, 2012).



No obstante, es importante recordar que tras la modificación introducida por la Ley 1453 de 2011, los casos de captura en flagrancia, difieren en los descuentos punitivos. Así lo advirtió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“En lo atinente a los Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible de hasta la tercera parte, esta quedara únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia. Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad” (CSJ. Sentencia de 11-06/2012, F. Castro).

Valga aclarar, que lo dicho por la Corte únicamente opera en la modalidad de preacuerdo que tiene que ver con la pretensión punitiva, es decir, con la pena. Se entiende que esta modalidad, recae únicamente en la pena a imponer por la aceptación de los cargos endilgados al procesado, sin que exista ningún otro beneficio, caso en el cual, el juez de conocimiento deberá prescindir del sistema de cuartos por mandato del artículo 3 de la Ley 890 de 2004 y no podrá imponer pena superior a la acordada por las partes, entendiendo que el acuerdo resulta ser vinculante para el juez, salvo que sea contrario a principios y garantías fundamentales.

Frente a la segunda modalidad o el acuerdo que tiene que ver con los cargos, podemos distinguir varios aspectos. En primer lugar, la eliminación de la

acusación de alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico. En este aspecto podemos dar dos ejemplos:

- En un caso de homicidio, tipificado en el artículo 103 del Código Penal, con la concurrencia de la causal de agravación punitiva establecida en el numeral 7 del artículo 104 del mismo estatuto, es decir, colocar a la víctima en estado de indefensión, entra la fiscalía a dialogar con el procesado y su abogado. El procesado decide aceptar los cargos, a cambio de que sea eliminada la causal de agravación, lo cual le comportará una modificación en la pena a imponer. En efecto, se presenta escrito de acusación con manifestación de culpabilidad preacordada por el delito de homicidio simple, es decir, que la pena ya no oscilará entre los 400 y 600 meses de prisión, sino que está comprendida entre los 208 y 450 meses de prisión.
- En un caso de homicidio en concurso con porte ilegal de armas, el procesado decide aceptar los cargos, a cambio de que sea eliminado de la acusación el porte de armas. Se tiene entonces, que al procesado se le dará inmunidad de acuerdo al derecho angloamericano por ese cargo específico y solo se le condenará por el homicidio, lo cual le reportará un beneficio punitivo, ya que no será tenido en cuenta el artículo 31 del Código Penal y solo se impondrá la pena del delito de homicidio.

- En segundo lugar, encontramos la tipificación de la conducta dentro de la alegación conclusiva de una forma específica con miras a disminuir la pena, lo que no es lo mismo que negociar la pena, como se verá en los siguientes ejemplos:
- En un caso de tentativa de homicidio, el procesado luego de negociar con la fiscalía, decide aceptar su responsabilidad. A cambio de ello, el fiscal en la acusación, expresa que se han aceptado los cargos por el delito de lesiones personales agravadas y así lo presenta ante el juez de conocimiento. Este preacuerdo, significa un beneficio punitivo para el procesado, ya que será condenado por delito de menor entidad.
- En un caso de porte ilegal de armas, en el que un celador, es sorprendido con un arma sin permiso para porte, y que tenía a razón de su trabajo; la fiscalía entra a proponerle un preacuerdo, en el que él deberá aceptar los cargos, a cambio de que se degrade la participación de autor a cómplice, lo que le reportará un descuento de una sexta parte a la mitad en la pena a imponer, a varios la posición del sujeto de autor a participe.
- En un caso de homicidio simple, en el que, tras una negociación, el imputado acepta cargos a cambio del reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva de ira e intenso dolor establecida el artículo 57 del Código Penal, lo cual en la práctica le reportará un descuento punitivo importante.

En estos eventos, como resulta claro, sí es procedente el sistema de cuartos, en la medida en que el preacuerdo no ha versado sobre la pena a imponer, sino sobre los cargos, y como resulta evidente, este será el único beneficio y no podrá concederse ningún otro. No obstante, en este caso el fiscal no tiene discrecionalidad absoluta, teniendo en cuenta que deberá someterse al núcleo fáctico de la imputación, es decir, no puede arbitrariamente inventarse cargos nuevos que faciliten el descuento de pena, sino que deberá atenerse al principio de congruencia y al de legalidad. En ese orden de ideas, el fiscal no podrá variar el comportamiento son pretexto de preacordar, haciendo que por ejemplo un homicidio se convierta en un hurto, ya que ello daría al traste con los hechos que fundamentan la imputación y posterior acusación. Frente a este aspecto, la Corte Constitucional se pronunció así:

“El fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la Ley penal preexistente. Se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso” (C. Const, C-1260/2005, C. Vargas).

Valga decir en este punto, que lo que tiene que ver con la concesión de subrogados penales, o lo que es

lo mismo, las consecuencias de los hechos imputados, también forman parte del preacuerdo, y no constituyen un doble descuento como podría pensarse, lo que invalidaría la negociación, por el contrario, al permitirse negociar también sobre este punto, es dable otorgarlos, si es que se reúnen las condiciones para ello, sin que se reporte un beneficio extra al permitido. Así lo indicó la Corte Suprema de Justicia:

“En virtud de los acuerdos que lleguen a producirse, aun con ocasión del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de la imputación, es posible que se pacte tanto la disminución de pena por esa causa, como las consecuencias de los hechos imputados, esto es, el posible reconocimiento de prisión domiciliaria o de la suspensión de la ejecución de la pena” (CSJ. Sentencia de 14-05/2006, S. Espinosa).

REQUISITOS DE VALIDEZ DEL PREACUERDO

Como resulta claro, los acuerdos deben cumplir una serie de formalidades para que sean válidos, y no arbitrariamente puede entrarse a negociar, ya que no solamente se debe respetar el principio de legalidad, sino que también deben tenerse en cuenta las directivas que la Fiscalía General de la Nación emane al respecto. Para la validez del preacuerdo, se deben respetar todos los derechos y garantías fundamentales, así, el procesado deberá estar asistido de su defensor, so pena de hacer inexistente el acuerdo. Igualmente, deberá concederse un único beneficio o será inválido como ya quedó claro de lo dicho en el acápite previo. No podrá preacordarse en materia de delitos de secuestro, homicidio, lesiones personales, delitos sexuales en contra de niños, niñas y adoles-

centes por expreso mandato del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, ni tampoco en los eventos en que se haya producido un incremento patrimonial y no se haya entregado al menos el 50% de dicho incremento y la garantía de recaudo del sobrante.

Finalmente, debe hacerse hincapié, en lo que puede constituir el requisito de validez más importante del preacuerdo y es el acervo probatorio que permita inferir razonablemente la ocurrencia del hecho investigado y la participación del procesado en el mismo, en calidad de autor o participe. Por ejemplo, la concesión de la ira e intenso dolor, no requiere prueba, ya que este beneficio es resultado del acuerdo, pero debe estar acreditado el hecho y la intervención en el mismo del imputado o acusado, según el inciso tercero del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal así:

“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad” (Ley 906, 2004).

En ese orden de ideas la Corte Suprema se refirió a este aspecto en los siguientes términos:

“La norma, debe decirse para evitar equívocos, busca eliminar la posibilidad de acudir al principio de oportunidad u obtener preacuerdos respecto de conductas no tipificadas como delitos o personas que no intervinieron en los mismos. De ahí que se exija un mínimo probatorio para sustentar la existencia

de la conducta y posible participación del imputado o acusado en la misma” (CSJ. Sentencia 42184 de 15-10/2014, G. Malo).

Cumplidas estas condiciones, el acuerdo será válido y podrá ser presentado por el fiscal ante el juez de conocimiento y hará las veces de escrito de acusación con efecto vinculante para el juez, quien deberá avalarlo.

QUIENES PUEDEN PREACORDAR: PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL ACUERDO

Como se desprende del *nomen iuris* del título II, del libro III del Código de Procedimiento Penal, “Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado”, quienes tienen la facultad de celebrar acuerdos son el titular de la acción penal y el procesado, sea imputado o acusado, dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentre. Es claro que la negociación es una actividad bilateral que trae de suyo el principio de un sistema adversarial, o acusatorio, es decir, de partes, que se encuentran en igualdad de armas. El principio acusatorio puede resumirse de acuerdo con USAID (2012), de la siguiente manera:

En el sistema penal acusatorio la comprobación del ilícito es dejada a la libre iniciativa de las partes contrapuestas, con la presencia de un ente acusador que opera en paridad de posición y derechos respecto del acusado, sobre el supuesto de que tesis y antítesis deben concretarse en la síntesis de la decisión judicial en situación de absoluta igualdad respecto de la una y de la otra. Esencialmente, el proceso acusatorio es una disputa entre dos partes, con una neta contra-

posición entre acusación y defensa, regulada por un órgano superior a los dos contendientes (pp. 9-10)

Por su parte la Corte Constitucional reconoció la inclusión del principio acusatorio en el Acto Legislativo 03 de 2002, de la siguiente manera:

“En lo que atañe a las partes e intervinientes en el proceso, es preciso indicar que se siguió el principio acusatorio o *nemo iudex sine actore*, según el cual existe una clara separación de funciones entre el órgano que acusa y aquel que juzga” (CConst, C-591/2005, C. Vargas).

Sin embargo, resulta claro, que la fiscalía al ser la titular de la acción penal, goza de mayor relevancia dentro de la negociación, ya que, sin su interés, jamás se podría llegar a un acuerdo y aunque la propuesta puede venir de la defensa, si la fiscalía considera que no es necesario, simplemente no está obligada a llevarla a cabo. Frente a este punto la Corte Suprema se ha referido en los siguientes términos:

“De manera concreta, es factible significar que lo contenido en el capítulo único del título en cuestión, otorga a la fiscalía una muy amplia facultad dispositiva, no solo porque corre de su resorte exclusivo acceder a la negociación, esto es, que aun con el querer expreso del imputado o acusado y su defensor, no es posible adelantar el trámite si no se cuenta con la anuencia del fiscal del caso - en ausencia de esa aceptación al procesado a penas le cabe acudir al allanamiento a cargos en los momentos procesales específicos contemplados por la ley para ese efecto -, sino porque las posibilidades de injerencia de terceros o intervinientes son limitadas y lo contemplado en el acuerdo únicamente puede ser verificado por



el juez en aspectos puntuales y trascendentes. Es por ello que los artículos respectivos advierten de un pacto bilateral en el que intervienen apenas la fiscalía y el imputado o acusado y su defensor” (CSJ. Sentencia 42184 de 15-10/2014, G. Malo).

No obstante, esto lleva a reflexionar frente a otro aspecto y es el papel de la víctima dentro del preacuerdo, ya que puede pensarse que ni siquiera tiene derecho a expresar su opinión. Así pues, y como ya se había enunciado, en este tema se difiere del plea bargaining, en la medida en que la víctima sí puede intervenir en la negociación y de hecho se tiene la obligación por parte de la fiscalía de hacerla partícipe. Así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-516 de 2007 diciendo que excluir a las víctimas del injusto y el consentimiento de las mismas de la negociación, no cumple con los fines del preacuerdo, en la medida en que la eficacia del sistema no involucra únicamente los derechos del procesado y los intereses del Estado, sino que también implica los derechos de la víctima y la posibilidad que la misma tiene de acceder a la administración de justicia.

De esta manera, no incluir a la víctima dentro de la negociación impide dar solución a la problemática social presentada con el delito y vulnera el fin esencial del Estado, el cual es permitir que los asociados interfieran en la toma de las decisiones que los afectan. Debe entonces someterse a consideración de la víctima el acuerdo, para que asista ante el juez y exponga sus argumentos, teniendo el juez el deber de verificar que se respeten los derechos tanto del procesado como de la víctima (C. Const, C-516/2007, J. Córdoba).

En ese orden de ideas, la intervención de la víctima, como se observa, se encuentra restringida, lo cual no indica que no pueda participar, y de hecho debe hacerlo, para tratar de conciliar los intereses tanto de la misma, como los del imputado o acusado. Cabe resaltar, que al ser una obligación de la fiscalía citar a la víctima para ser oída en el trámite de las negociaciones, podría considerarse incluso, que no cumplir con este requisito, podría llegar, a constituir una causal de invalidez del preacuerdo.

POSTURAS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS

Como se había indicado al iniciar estas líneas, la institución jurídica de los preacuerdos y negociaciones puede considerarse como el acierto y/o el desacierto del sistema penal acusatorio y no solo en Colombia, sino en general en los países de tradición jurídica continental. Es así como al ser introducida en sistemas jurídicos como el colombiano y el de otros países latinoamericanos, han surgido posturas contrarias que han alimentado el profundo debate que en torno a la figura ha venido presentándose, incluso en los estrados judiciales.

De allí, la controversia entre algunos jueces frente a la intervención que deben tener a la hora de aprobarlos o no. Parte de la doctrina ha condenado severamente la aplicación de los preacuerdos, por considerarlos contrarios al principio de legalidad y constituir una medida de extrema prisionalización. Otro sector, entre el que se encuentra la misma postura de la Corte Suprema de Justicia, defiende la institución, por ser

un factor no solo de descongestión, sino de justicia pronta y efectiva, así como un factor de humanización del proceso.

Los criterios en contra de la justicia negociada vienen desde Alemania, pasando por Italia, Argentina, Uruguay e incluso el mismo pionero de la figura, es decir, los Estados Unidos de Norte América. En la doctrina alemana se destaca el criterio de Schünemann, quien considera que la figura deviene lesiva, como quiera que los principios que irradian el sistema anglosajón, trasgreden los principios del Estado de Derecho en materia penal, es decir, contraviene el principio de legalidad (Schünemann, 2002). Por su parte el italiano Ferrajoli se opone a la justicia negociada, según lo expresa Montañez (2013), porque:

“Las negociaciones entre el detentador de la acción penal y el procesado son ajenas a un procedimiento de verdad acusatorio, pues se conculcan las garantías fundamentales del individuo, en el que el investigado pueda ejercer su derecho de defensa, amparado en su presunción de inocencia y que se le permita controvertir las acusaciones en su contra, allegando las pruebas pertinentes; las negociaciones serían, pues, la antinomia del justo proceso por cuanto se asemejan más a prácticas propias del sistema inquisitivo”(p. 72).

En la doctrina norteamericana puede citarse igualmente a John Langbein, ilustre profesor de derecho e historiador jurídico de las universidades de Cambridge, Harvard y Columbia, quien considera que los plea bargaining son lesivos, especialmente por el abuso que de ellos puede darse y no está de acuerdo con su aplicación, entendiendo que contra-

rían los postulados constitucionales que le asisten al procesado, para poder demostrar su inocencia en un juicio en igualdad de armas con el ente acusador (Damaska, 1986).

Mas en el entorno latinoamericano, encontramos la postura de Pablo Galain Palermo, doctrinante y profesor de derecho penal de la República Oriental del Uruguay; la del argentino Gabriel Ignacio Anitua y la del chileno Carlos Del Río Ferretti. El uruguayo considera, que, con la justicia negociada, solamente se consigue un desequilibrio en las cargas a la hora de negociar, ya que el procesado siempre tendrá como contraparte a la hora de acordar, a quien tiene en sus manos la acción penal. Por su parte, el argentino considera que solo se consigue renunciar al juicio con todas las garantías constitucionales que ello trae, y en la realidad lo único que se beneficia es la pretensión punitiva, bajo la presión al procesado para que acepte cargos a cambio de una rebaja de pena (Montañez, 2013). Finalmente, el chileno argumenta que, con la negociación, simplemente se da una presión desbordante, que a la larga pisotea la presunción de inocencia, al inducir al procesado a renunciar a las garantías constitucionales que le asisten, mediante mecanismos como la inflación exagerada de los cargos para obtener una autoincriminación.

A pesar de las posturas contrarias, la jurisprudencia norteamericana, y por supuesto, la nacional, han adoptado la institución de la justicia negociada como una bondad del sistema penal y ven en esta herramienta, una forma de agilizar los procedimientos, mediante la humanización del engranaje procesal,



que involucra al procesado en la solución del conflicto que lo afecta. Así, la Suprema Corte de los Estados Unidos en diversos pronunciamientos como el caso *Bordenkircher vs. Hayes*, citado con anterioridad, argumentó que no existe violación alguna al debido proceso o a la libertad, entendiendo que la decisión recae en el procesado, quien, en últimas, resuelve si acepta o no su responsabilidad, ya que en todo caso nadie puede conminarlo a aceptar aquello con lo que no se encuentra de acuerdo.

En esa misma línea, la Corte Constitucional en sentencias como la C-059 de 2010, consideró que la institución no vulnera derechos o garantías fundamentales y que en su trámite debe estar incluida la víctima, el fiscal no cuenta con discrecionalidad absoluta y debe atenerse a una serie de principios, y el juez de conocimiento es un garante de la legalidad para que no se vean vulnerados principios y garantías fundamentales.

De acuerdo a ello, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales regentes de lo debido sustancial y debido probatorio, postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección. Además, para emitir un fallo debe allegarse el mínimo probatorio requerido, en aras de inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (CSJ. Sentencia 27337 de 22-08/2007, S. Espinoza).

LA POLÉMICA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO EN LOS PREACUERDOS

Surgen dos tesis en el entorno nacional frente a la intervención o control que el juez de conocimiento debe adelantar a la hora de verificar el preacuerdo. Estas tesis se han venido encontrando en los estrados judiciales y podría decirse que los jueces y magistrados del país, se encuentran divididos. Por un lado, hay quienes propugnan por una intervención radical del juez en defensa del principio de legalidad que implicaría el control material frente a los hechos imputados y los hechos derivados del preacuerdo, en defensa igualmente de mínimos de justicia y claramente tomado como argumento la impunidad y granjeo de la justicia propiamente dicha. Por otro lado, se encuentra la postura que considera que el juez de conocimiento debe limitarse a verificar ciertos aspectos de tipo formal, sin interferir de ninguna otra manera.

Si bien es cierto, la tesis de intervención judicial ha venido ganando campo entre los jueces y magistrados, es importante decir, que choca con los principios que irradian el sistema penal acusatorio, teniendo en cuenta que, en primer lugar, la titularidad de la acción penal recae única y exclusivamente en la Fiscalía

General de la Nación y no en el juez⁵, quien no puede intervenir en actos que son netamente de parte, debido al carácter adversarial del sistema. Es tan así, que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se inclinan incluso a prohibir la intervención del juez en el acto de la imputación, salvo que se observen yerros que irrespeten flagrantemente las garantías fundamentales y la imputación jurídica no corresponda evidentemente con la imputación fáctica. De esta manera se observa que, al ser el preacuerdo un acto de parte, el juez de conocimiento no puede intervenir allí, argumentando el desconocimiento del principio de legalidad, ya que no es de su resorte dar un alcance a los hechos diferente del que le han dado las partes.

Un sector de la doctrina se inclina por decir que la intervención del juez debe estar modulada por el momento procesal en el que se presente el preacuerdo. En primer lugar, el juez debe intervenir más activamente en aquellos casos en que se presenta el preacuerdo antes de la presentación del escrito de acusación, en defensa de la legalidad y la presunción

5 La titularidad de la acción penal se desprende del artículo 66 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos: "Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías".

de inocencia y en segundo lugar, la intervención se atenuaría si el preacuerdo se da tras la presentación de la acusación, en razón a que la acusación es un acto de parte en el que no puede intervenir el juez.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, para todos los efectos, el preacuerdo hace las veces de acusación, lo cual indica que sigue siendo un acto de parte y el juez no puede entrometerse, salvo que observe flagrantes desconocimientos de principios y garantías fundamentales. Es decir, que la tesis que en realidad se ajusta a lo que el legislador quiso con la introducción del sistema penal acusatorio y la figura del preacuerdo, es la de la verificación netamente formal del juez de conocimiento, tesis entre otras cosas, defendida por parte de la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, consolidándose un precedente frente a la materia. Uno de los más recientes pronunciamientos indica que el juez puede tener injerencia únicamente en aquellos casos en los que se advierta la violación de garantías fundamentales, que impidan aprobar el acuerdo.

En ese orden de ideas la intervención del juez es excepcional y se encuentra delimitada por la certificación de la legalidad, en cuanto al respeto de las garantías y límites que la misma legislación les impone a las partes a la hora de negociar. La valoración del acuerdo, no puede obedecer a criterios subjetivos del valor de la justicia, ni tampoco a la satisfacción de los intereses de una de las partes o ambas, pues la negociación y el acuerdo, implican renunciaciones y ello representa sacrificios tolerables del valor justicia. Por otro lado, la tensión entre los derechos de la víctima

y el procesado y los postulados y finalidades esenciales del sistema, la solucionó el legislador dando prevalencia al criterio del fiscal y estableciendo unos límites específicos respecto de lo pactado, que de cumplirse, obligan avalar la negociación con el consecuente fallo de condena (CSJ. Sentencia 42184 de 15-10/2014. G. Malo).

Se hace hincapié en que la intervención del juez debe darse única y exclusivamente, en lo que tiene que ver con la verificación del mínimo probatorio que acredite la ocurrencia del hecho y la posible intervención del procesado y los demás requisitos de validez ya expuestos con anterioridad, cercenado así la discusión presentada.

CONCLUSIONES

La figura de los preacuerdos y negociaciones es una institución ajena a la tradición jurídica colombiana, empero, puede ofrecer grandes beneficios a la justicia penal, en la medida en que permite cumplir con uno de los fines esenciales del Estado, como es la intervención y contribución en la solución de los casos que afectan a los intervinientes. Sin embargo, pese a tener grandes beneficios, el preacuerdo es una institución que no se ha implementado de la manera en que debiere implementarse, como quiera que aún se acude a juicio por asuntos que en la realidad podrían solucionarse mediante esta vía, congestionando la justicia y generando un grado alto de impunidad. Pero esto depende en gran medida de la labor ejercida por el litigante penal, que debe romper con los paradigmas de una tradición jurídica

extremadamente legalista que se ha quedado en un viejo sistema, que no permite concretar, ni aplicar en la forma que debiere hacerse el actual sistema procesal penal.

De esta manera, la labor del defensor debe estar encaminada a la búsqueda de la solución pronta y efectiva de los asuntos que conoce y al logro de una pronta y cumplida justicia. Está en sus manos cumplir estos objetivos mediante la aplicación del preacuerdo y demás mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo cual brinda una efectiva respuesta a la necesidad de su cliente. La anuencia del fiscal y la gestión del defensor pueden propiciar el encuentro y un eventual acuerdo que materialice el fin último del derecho, es decir la justicia, en aras de la reconstrucción del tejido social y la resocialización efectiva del reo.

Con los preacuerdos se renuncia a controvertir las pruebas recaudadas en ejercicio de la acción penal, pero no se renuncia a las garantías constitucionales del debido proceso, ya que, para efectos de ser aprobado por el juez, éste debe valorar un mínimo probatorio que permita inferir razonablemente la ocurrencia del hecho y la participación del procesado en el mismo, so pena de declararse inadmisibles. Luego preacordar no implica debilidad en la investigación o la imposibilidad de llevar los hechos investigados a juicio, caso en el cual debería acudir a figuras distintas como la preclusión, todo lo contrario, el preacuerdo implica que de hecho se tienen suficientes elementos probatorios que acrediten la pretensión punitiva.

Ahora bien, la intervención del juez estriba únicamente en la verificación formal de la ocurrencia de ciertos aspectos que le dan validez al preacuerdo y no puede intervenir más allá, so pena de transgredir el carácter adversarial del sistema, es decir, un sistema de partes. Así, verificará que se presente el mínimo probatorio que acredite la ocurrencia del hecho y la participación del procesado en el mismo, la aceptación libre de vicios, consiente, libre y voluntaria, asesorada por abogado; que no se conceda más de un beneficio, que no se trate de aquellos delitos en los que expresamente no es dable acordar, y que se haya restituido el 50% del incremento patrimonial en los casos en que es procedente. Finalmente, debe

cultivarse el cambio de mentalidad, el cambio de cultura jurídica, trascender de la tradición victimizante que busca en muchos casos ridiculizar la figura del procesado, olvidando que a pesar de delincuente, también es persona, sometiéndolo a un proceso que no contribuye a su resocialización y que a cambio, genera una actitud incluso vengativa, por lo que se debe trascender a una cultura del perdón, en el que se pueda resolver alternativamente los conflictos, reconciliando los intereses, en aras de una verdadera convivencia pacífica, que busque la paz y la solidaridad y no la venganza, en otras palabras, humanizar el Derecho Penal.

REFERENCIAS

- Bernal, et al. (2010). *Proceso Penal y Justicia Restaurativa*. Ediciones Nueva Jurídica. 2010. Bogotá.
- Damaska, M. (1986). *The faces of Justice and State Authority*, New Haven and London. Yale University Press.
- Mestre, J. (2012). Los Mecanismos de Terminación Anticipada del Proceso Penal en la Práctica de la Fiscalía General de la Nación. *Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre.
- Montañez, J. (2013). Las Negociaciones en el Proceso Penal: Del Procedimiento Inquisitivo a la Prisionalización Masiva. *Revista*



Derecho Penal y Criminología, 34, 63-85. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3869>

Restrepo, M. (2005). *El Nuevo Sistema Acusatorio*. Intermedio.

Schünemann, B. (2002). ¿Crisis del Procedimiento Penal? ¿Marcha Triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”. En, S. Bacigalupo, trad), *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Tecnos.

Serrano, Y. & Alfonso, I. (2013). Prohibición taxativa de preacuerdos y negociaciones en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/9328>

USAID. Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Manual para Operadores Jurídicos. Segunda Edición. 2012. Bogotá.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-591/2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 9 de junio de 2005,

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1260/2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández; 5 de diciembre de 2005.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-516/2007. MP. Jaime Córdoba Triviño; 11 de julio de 2007.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia No. 24531. MP. Sigifredo Espinoza Pérez; 4 de mayo de 2006.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
Sentencia No. 27337. MP. Sigifredo Espinoza Pérez; 22 de agosto de 2007.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
Sentencia No. 38285. MP. Fernando Alberto Castro Caballero; 11 de julio de 2012.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
Sentencia No. 42184. MP. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández; 15 de octubre de 2014.

Colombia. Juzgado 2 Penal del Circuito de Tunja. Sentencia No. 002-15.
Juez. Simón Eduardo Martínez Escandón; 19 de enero de 2015.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ESTADO MODERNO Y GOBERNABILIDAD

MODERN STATE AND GOVERNANCE

ESTADO MODERNO E GOVERNANÇA

RESUMEN

El presente documento tiene como propósito analizar críticamente dos elementos esenciales en el funcionamiento de la gerencia pública, como lo son la comprensión y gestión de los conceptos de Estado y gobernabilidad, en referencia al desarrollo de las políticas públicas. Con fundamento en los parámetros de una investigación de tipo documental se llevó a cabo el analítico examen de las nociones planteadas, lo cual implicó el abordaje de las revisiones conceptuales en su evolución a lo largo del tiempo, así como la descripción de las tipologías y bases de sustentación, tomando en cuenta la importancia que tienen el Estado y la gobernabilidad como partes insustituibles en la estructuración de las políticas institucionales modernas, en vinculación a significaciones de incuestionable peso como lo son la soberanía, la población, la ciudadanía y el territorio. Los hallazgos sugieren que la evolución conceptual del Estado hacia la estructuración del perfil del Estado moderno concentra y se asienta sobre elementos y atributos reconocibles. Dentro de las tipologías del Estado contemporáneo se contemplan fórmulas que van desde la desconcentración administrativa hasta la autonomía política y constitucional. Por su parte, la gobernabilidad define la capacidad del sistema político para atender las demandas sociales oportuna y eficientemente.

Palabras clave: Estado; modernización; gobernabilidad; política pública; nación; territorio.

José Gesto Rodríguez¹

<https://orcid.org/0000-0001-9396-6020>

¹ Doctor y posdoctor en Derecho, Universidad Abierta, Tlaxcala, México, Universidad Latinoamericana, Chiapas, México. Investigador independiente. Correo electrónico campus.off@gmail.com. ORCID 0000-0001-9396-6020

Artículo de reflexión de investigación

Fecha recibido: 17/07/2023

Fecha aceptado: 03/10/2023

Cómo citar:

Gesto, J. (2024). Estado moderno y gobernabilidad. *Justicia, sociedad y derecho*, 2(4), 91-107. doi: <https://doi.org/10.24267/25009389.1052>



ABSTRACT

The purpose of this document is to critically analyze two essential elements in the functioning of public management, such as the understanding and management of the concepts of State and governance, in reference to the development of public policies. Based on the parameters of a documentary-type investigation, an analytical examination of the proposed notions was carried out, which implied the approach of conceptual revisions in their evolution over time, as well as the description of the typologies and bases of support, taking into account the importance of the State and governance as irreplaceable parts in the structuring of modern institutional policies, linked to meanings of unquestionable weight such as sovereignty, population, citizenship and territory. The findings suggest that the conceptual evolution of the State towards the structuring of the profile of the modern State concentrates and is based on recognizable elements and attributes. Within the typologies of the contemporary State, formulas ranging from administrative decentralization to political and constitutional autonomy are contemplated. For its part, governance defines the capacity of the political system to meet social demands in a timely and efficient manner.

Keywords: State; modernization; governance; Public politics; nation; territory.

RESUMO

O objetivo deste documento é analisar criticamente dois elementos essenciais no funcionamento da gestão pública, como a compreensão e gestão dos conceitos de Estado e de governança, no que se refere ao desenvolvimento de políticas públicas. Com base nos parâmetros de uma investigação de tipo documental, foi realizado o exame analítico das noções propostas, que envolveu a abordagem de revisões conceituais na sua evolução ao longo do tempo, bem como a descrição das tipologias e bases de suporte, tendo em conta a importância do Estado e da governança como peças insubstituíveis na estruturação das políticas institucionais modernas, em ligação com significados de peso inquestionável como soberania, população, cidadania e território. Os resultados sugerem que a evolução conceitual do Estado em direção à estruturação do perfil do Estado moderno concentra-se e baseia-se em elementos e atributos reconhecíveis. Dentro das tipologias do Estado contemporâneo, contemplam-se fórmulas que vão da desconcentração administrativa à autonomia política e constitucional. Por seu lado, a governabilidade define a capacidade do sistema político para responder às exigências sociais de forma oportuna e eficiente.

Palavras-chave: Estado; modernização; governança; Políticas públicas; nação; território.

INTRODUCCIÓN

Es normal que, en la conceptualización de términos como Estado y gobernabilidad, en tanto las distintas nociones que abarcan aspectos jurídicos, sociales y políticos, prime la diversidad de criterios y haya dificultad para establecer mínimos consensos en su definición; más aun teniendo en cuenta la evolución histórica del espíritu y enfoque de los supuestos teóricos que permitan entender los modos de relación entre el poder, las formas de gobierno y la ciudadanía, en un espacio territorial determinado. En relación con el concepto de Estado, Martínez (2000) hace la interpretación de este como la, “primera forma propiamente política de organización social, en la que el poder se institucionaliza y tiende a convertirse en impersonal” (p. 126); manifestándose esta como un genuino sentimiento de vinculación a la unidad social y como voluntad un bien público para una determinada sociedad. Objetivamente, el Estado es asumido como la organización de la convivencia.

La dinámica de las necesidades colectivas ha contribuido a modificar las maneras de establecer las relaciones entre el poder de turno y el colectivo social, con una evolución que ha pasado de una visión teológica y absolutista del poder con privilegios dinásticos, recuérdese a Luis XIV, Rey de Francia entre 1643 y 1715, a quien se le atribuye la frase “El Estado soy yo”, decidida expresión de un Estado absolutista y radical encarnado a discreción en la figura del gobernante quien maneja el poder a su entera voluntad y sin contrapesos, hasta arribar, después de arduos y complejos procesos históricos, a la configuración del

Estado como una estructura moderna orientada a la realización del bien general.

En lo referente a la gobernabilidad, una primera acepción tomada de Camou (2001; citado por Mayorga y Córdova, 2007) la define en términos de un estado de equilibrio dinámico que surge entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad de la cual dispone el sistema político (Estado/gobierno) para darles pronta respuesta de manera legítima y eficaz; y que a su vez se concreta en una serie de acuerdos suscritos en torno a: nivel de cultura política imperante, reglas e instituciones del juego político y a políticas públicas estratégicas emanadas desde el Estado. El objetivo del presente trabajo es profundizar de forma crítica sobre las concepciones relacionadas con el Estado y la gobernabilidad, sus tipologías y fundamentos de sustentación, desde las razones presentadas en el libro de Díaz (2018) *Fundamentos actuales para una teoría de la constitución* y en el artículo *El concepto y el análisis de la gobernabilidad* (Prats, 2003), complementadas o contrastadas con la visión de otros expertos sobre el tema.

METODOLOGÍA A UTILIZAR

Para el abordaje del tema, se realizó una revisión documental que implicó la búsqueda bibliográfica de fuentes actualizadas referentes a publicaciones asociadas al mismo. Se accedió a los documentos pertinentes, seleccionando aquellos considerados como los más relevantes; para ser posteriormente analizados. A continuación, se sintetizó la información, enriqueciéndola mediante aportes personales



del autor, para finalmente generar las conclusiones respectivas.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA, CONCEPCIONES Y ELEMENTOS DEL ESTADO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO

La concepción del Estado con criterio de modernidad, con funcionamiento ajustado a los tiempos actuales para responder eficientemente a las demandas de la sociedad, ha comportado una evolución sostenida en el tiempo. Para Tilly (1929; citado por Garabedian, 2020), la existencia de los Estados, como la de las ciudades, se estima en unos diez mil años aproximadamente. En la evolución de la concepción del Estado hacia estadios modernos, se ubica su aparición y desarrollo progresivo, temporal y especialmente en la Europa del Siglo XIII. Antes de la modernidad, la percepción conceptual del Estado remitía a un término que, según Díaz (2018), recogía la apreciación de formas de organización disímiles, en un sentido ambiguamente amplio; ejemplos que pueden ser apreciados en la consideración del Estado romano o el Estado feudal, caracterizadas por diferencias apreciables que entrañaban dificultades para hallarles razones comunes. Las dinámicas socio históricas permitieron evolucionar hasta el Estado moderno como una forma concreta de organización de la población sobre un territorio.

La base del Estado moderno tiene sus raíces en las ideas liberales de la burguesía europea y sus luchas contra el absolutismo. A partir del Siglo XV empiezan

a constituirse las ciudades Estado con intención de expansión, concentrando sus actividades en los órdenes militares, fiscales y de administración de justicia, por lo que para Garabedian (2020) el Estado mantiene una relación estrecha con la esfera de la coerción o el uso de la fuerza como instrumento para obtener obediencia y conseguir de ese modo la dominación; es lo que se conoce como la idea del Estado dominante.

Primaba en ese sentido de Estado la idea teocrática del poder, que otorgaba usualmente un derecho divino y sobrenatural al gobernante. Éste solía detentar el control del Estado y sus funciones, bajo el fundamento del servicio a Dios. Las doctrinas liberales ofrecieron el sustento filosófico para oponerse al Estado teocrático, desde posiciones argumentativas de pensadores como Locke, Montesquieu, Mills, Voltaire y Kant, instando en su espíritu la limitación del poder político, creyendo en el Estado como un mal necesario (Míguez, 2009) que debía ser mantenido, pero restringido tanto en poder como en funciones. El desarrollo de estas ideas alcanzó el máximo esplendor a finales del siglo XVIII en la revolución francesa y la independencia norteamericana, sentando las bases como predecesoras de las declaraciones modernas de la era democrática y liberal vinculadas al Estado de Derecho (Martínez, 1995, p. 139), e introduciendo en el ámbito jurídico y legal los derechos individuales, las libertades públicas, el Estado de derecho, como temas pilares del Estado moderno, lo que se profundizó en los siglos XIX y XX en aras de alcanzar el bienestar general de la sociedad.

CONCEPTUALIZACIONES DEL ESTADO

El concepto de Estado no concita uniformidad de criterio, siendo diverso el universo de enfoques con respecto al tema. Sobre el término propone Díaz (2018) una concepción genérica cuya noción general es la de una entidad constituida por, "la organización jurídico-política de una población sobre un territorio", a través de la cual es ejercido un poder que tiene a disposición el monopolio de la legítima utilización de la fuerza (p. 143), donde aparecen elementos fundamentales que sustentan la idea de Estado. Esta concepción guarda relación con la propuesta por O'Donnell (1984) en lo atinente al Estado como un ente, "político de la dominación en una sociedad territorialmente delimitada" (p. 34), avalando la idea del uso de la coerción y la fuerza como elementos del control del poder o de Estado dominante. A su vez, Sánchez (1979) propone la idea del concepto desde la escuela formalista que le asigna un criterio jurídico al Estado en cuanto basamento del orden de un sistema legal regido por reglas claras y de común aceptación entre los miembros que habitan ese territorio.

Por su parte Weber (1921; citado por Martínez, 2000) considera desde el ámbito sociológico al Estado como una entidad jurídico administrativa cuyo accionar se enfoca, desde un cuerpo institucional, en función del colectivo determinado dentro de un espacio definido. El aporte de Llatas (2011) permite ampliar la perspectiva del concepto, refiriéndolo a una sociedad políticamente autónoma y organizada, que persigue como propósito el estructurar la convivencia de los individuos que la integran, en paralelo a la búsqueda

de la satisfacción de las necesidades asociadas a la supervivencia y el progreso colectivo, el bienestar general o el bien común; lo que incorpora la dimensión social a los ámbitos jurídico, político y coercitivo, como una fuerza que determina la relación entre gobernantes y gobernados. En resumen, el Estado se afirma en un proceso formativo constante de ganancia de atributos con distinto nivel de desarrollo en cada momento histórico, construyendo las bases de las relaciones sociales que determinan el sistema de dominación o de creación del poder.

ELEMENTOS DEL ESTADO

Dentro de la estructura del Estado moderno se trasciende la idea de su conformación signada por la presencia de los elementos fundamentales ya suficientemente señalados: poder, población y territorio, adicionando principios que lo diferencian de otras concepciones pretéritas, como el principio de unidad de los elementos antes definidos, lo que signa la noción del Estado en la era moderna, y el de igualdad, que lo acerca a la idea de Estado contemporáneo como organización política separada de otras formas históricas, a los que se suma la concepción de la soberanía. Las relaciones entre los elementos y atributos al Estado, se detallan de forma sucinta en las páginas siguientes.

ESTADO Y PODER. LA SOBERANÍA

Refiere Díaz (2018) una definición de poder centrada en las acciones con capacidad de influir o modificar las voluntades ajenas usando, de ser necesario,



incluso la fuerza o la coacción. En el caso del Estado el estudio del poder se enfoca en la autoridad que ejerce el gobierno sobre la sociedad. Dentro de una sociedad democrática el poder político se produce en un contexto de consentimiento y aceptación dado por los gobernados, lo que legitima el gobierno dentro de un sistema de derecho, significando que el poder es ejercido según las características y condiciones de la población a la cual es dirigido (Llatas, 2011). Al respecto, explica Jessop (2014) que los poderes y capacidades específicas del Estado se activan mediante la acción de fuerzas políticas en coyunturas concretas, las cuales al hacerlo toman en cuenta el equilibrio imperante en el momento y el posible equilibrio futuro de tales fuerzas dentro y fuera del Estado.

Un atributo esencial dentro de la relación del Estado y el poder es la soberanía, que en los inicios era entendida como un poder concentrado en un monarca y sin dependencia de ningún otro, pero que en la era moderna es definida por Vásquez (2021) como la suprema voluntad de la colectividad de un territorio determinado que tiende a regular y ordenar la comunidad humana, cualificando la estructura política del poder y estableciendo las relaciones entre sus elementos constituyentes, concepción de la soberanía nacional emanada de la revolución francesa y devenida en soberanía popular durante el siglo XX, delegada su expresión por el pueblo mediante el sufragio en los representantes del Estado elegidos. Aunque la soberanía mantiene el espíritu del poder concentrado en el Estado sin reconocimiento de ninguna otra superioridad, admite la igualdad con otros Estados.

ESTADO, POBLACIÓN Y CIUDADANÍA

La población representa el componente humano del Estado, con el que guarda estrecha relación, considerándose el conjunto de los individuos que habitan el territorio como una comunidad unitaria (Díaz, 2018). A criterio de Herrera (2003), el conglomerado que conforma la población está, “jurídica y políticamente organizado” (p. 224) como elemento constitutivo del Estado. En el Estado contemporáneo el elemento población es objeto de una modificación importante, llegando a erigirse en portadora de la soberanía y convirtiendo a los pobladores de un territorio en ciudadanos.

Entra entonces un nuevo atributo en consideración, el de la ciudadanía, como un fundamento esencial en la evolución del Estado constitucional, otorgándole derechos y deberes constitucionales a los ciudadanos de un país. Un ejemplo concreto de esta situación puede encontrarse en la Constitución Española, en la cual se delimitan derechos y deberes de nacionales y extranjeros. De acuerdo con Lizcano (2012) y Meier (2015) la ciudadanía se categoriza y vincula al Estado en dos vertientes: ciudadanía nacional la primera, expresada en la condición de originario de una nación por el nacimiento en su territorio o de ser hijo de nacionales de ese país, aunque los Estados también reconocen la nacionalidad adquirida, otorgada a extranjeros residentes; y la ciudadanía política, que atribuye derechos cívicos y políticos a los nacionales de territorio reconocido.

ESTADO, PUEBLO Y NACIÓN

El concepto de población del Estado, como heterogénea unidad de habitantes de un territorio, está estrechamente asociado al de nación, en tanto que se asienta sobre comunidades con historias comunes. Argumenta Díaz (2018) que la nación, concepto de filosofía jurídico-política, alude a comunidades humanas que comparten características afines entre ellas, con la conciencia y la voluntad de mantenerse como grupo humano común. Una fluida relación de vinculación de los elementos pueblo, nación y Estado es la presentada por Calduch (1991) al señalar que el pueblo está vinculado a una noción niveladora e igualitaria, donde se suscita implícitamente una idea de la igualdad y libertad que debe prevalecer entre todos los ciudadanos integrantes de una colectividad caracterizada la existencia de unos límites histórico-geográficos comunes (nación) y de una organización política propia (Estado). Una connotación adicional del término pueblo como atributo es que solo existe y se realiza en toda su plenitud socio-política en tanto logra su consolidación como nación y como Estado.

ESTADO Y TERRITORIO

El territorio constituye uno de los elementos esenciales en la estructura del Estado, considerándose un aspecto fundamental en el Estado moderno, definitorio en la configuración de la realidad estatal. El término territorio, para algunos autores, presenta un status de ambigüedad, aun cuando la raíz etimo-

lógica remite a la tierra o al espacio delimitado del terreno en el cual se desarrolla la acción. Para Jolly (2012) está representado por el espacio material, área o red, que surge como producto del ejercicio de una acción humana llevada a cabo repetitivamente; mientras que Montañez y Delgado (1998; citados por D'Angelo, 2019) lo centran en un espacio delimitado y reconocido como espacio de poder y dominio de sectores diversos, entre los que se incluye el Estado. Sobre este particular, Groby (2007; citado por Sevilla, 2010) amplía la relación del territorio con el Estado al señalar que cuando son estabilizadas las designaciones territoriales, –consolidadas de manera firme en la autoconciencia colectiva de una sociedad ya sea a través de tradiciones religiosas, historiográficas o legales–, entonces es cuando puede hablarse de la existencia de una nación.

En opinión de Díaz (2018), son diversas las teorías sobre la configuración del territorio dentro del Estado, entre las que se cuentan: considerarlo como un objeto sobre el que recae el poder del Estado, propio de era feudal; otra que lo centra como elemento integrante del Estado sobre el que éste impone su dominio sobre los habitantes de ese espacio; una tercera teoría que hace énfasis en lo jurídico, lo determinan como un espacio en el que tiene vigencia el derecho. En síntesis, más allá de las teorías esbozadas, el territorio es un elemento de singular importancia dentro del Estado, que ofrece el necesario soporte para la puesta en práctica del poder y la validez del ejercicio del derecho. Valga resaltar que el territorio



del Estado destaca en su amplitud, pues comprende: espacios del mar territorial, aguas territoriales, espacio aéreo, subsuelo, embajadas, buques, aeronaves, y todo espacio donde el Estado impone su presencia y manifiesta su posesión y dominio.

EL ESTADO Y LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE PODER

En la relación del territorio con el Estado, éste último se manifiesta mediante la distribución territorial del poder. Los primeros Estados se configuraban bajo la representación de la centralización. Luego, en su evolución, el Estado en su perfil contemporáneo ha devenido en un espectro de fórmulas de Estado compuesto que implican variadas tipologías, entre las cuales pueden distinguirse grados o características en la distribución del poder, que en rasgos generales se definen en: la desconcentración administrativa, con órganos de poder central único en todos los órdenes de la vida de la nación; la autonomía administrativa, que perfila la presencia de órganos de poder territorial inferior con cierto grado de autonomía, sin pertenecer al poder central; autonomía política, que junto al poder central cuenta con la presencia de órganos que pueden aprobar normas y leyes en su ámbito de competencia no inferiores a las del poder central, aunque sometidas a la Constitución; autonomía constitucional, un grado más de descentralización, con entes autónomos generando su propia constitución, que aunque sometida a la constitución central le otorga a los entes autónomos un poder constituyente propio.

Dentro de las formas de Estado relacionadas con la organización territorial, pueden destacarse: Estado unitario, caracterizado porque tiene un único centro de impulsión política que, al mismo tiempo, aglutina las funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial en órganos del Gobierno Central, otorgándoles con ello, algún tipo de desconcentración o descentralización administrativa (Nogueira, 1985). Estado compuesto, conformado por una diversidad de Estados miembros, con suficiente autonomía para la toma de sus propias decisiones (Soto, 2020). Estado federal, constituido por entes autónomos o Estados miembros que se organizan junto a un poder central denominado federación (Díaz, 2018), como una forma de integrar al Estado o de descentralizar al Estado único; y el Estado regional, parecido al planteamiento anterior, solo que en este caso se denomina Estado al poder central, en tanto que las entidades autónomas se nominan "regiones" o "autonomías" que cuentan con autonomía política y organizativa.

GOBERNABILIDAD. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO

Otro concepto socio-político con variadas significaciones y difusas interpretaciones para diferentes autores es el de la gobernabilidad. Para tratar de establecer una conceptualización mínimamente entendible de la definición, es necesario revisar su evolución. Según Prats (2001), el término aparece en la década de los setenta de la pasada centuria soportado en cuatro hechos capitales: los trabajos encargados por la Comisión Trilateral sobre la, "gobernabilidad de las democracias", la aplicación conceptual relacionada

con los procesos de transición democrática, la utilización del término por múltiples organismos internacionales y su uso para explicar la reconstrucción de Europa.

En los orígenes del concepto están los trabajos de Crozier et al. (1975), quienes, frente a los cuestionamientos de los modelos políticos y económicos prevalentes en el momento, plantearon ideas para nuevos modelos de gestión pública en los que la gobernabilidad se concretaba en la capacidad que tienen las instituciones públicas para afrontar los retos, desafíos y oportunidades (Oriol, 2003, p. 241). Otro aporte puede reconocerse en los trabajos de O'Donnell (1979), Prats (2001) y Przeworski (1988), quienes idearon la gobernabilidad en una doble vertiente complementaria: una basada en las acciones de un gobierno encaminadas a aprovechar y expandir las oportunidades de mejora del desempeño en los órdenes sociales, económicos y políticos de un país, como forma de evitar; y la segunda, la regresión a gobiernos autocráticos. Una corriente de autores en los años noventa propuso el uso del término "gobernanza" asociándolo a los mecanismos de toma de decisiones a través de redes de actores gubernamentales y no gubernamentales en distintos niveles.

La proposición de Rojas (2010) remite la gobernabilidad al equilibrio que debe existir entre el nivel de demandas de la sociedad y la capacidad del sistema político para dar respuestas con rapidez y eficiencia, redefiniendo las políticas públicas en términos de logro de los objetivos con sostenibilidad financiera, la reducción de conflictos y la expansión de la justicia

social, en tanto refiere la gobernanza como el ejercicio de la autoridad en diversos órdenes de la vida de la colectividad gestionada bajo arreglos institucionales, con participación mediante redes mixtas de agentes gubernamentales y no gubernamentales trabajando en pro de objetivos comunes coordinados, consensuados, normados y con rendición transparente de cuentas, bajo un marco de tolerancia y respeto entre los actores participantes. Desde esta perspectiva la gobernabilidad pareciera responder a mecanismos verticales entre el poder y la sociedad, mientras que la gobernanza obedecería a sistemas de mayor horizontalidad.

Alega Prats (2003) que, aunque se ha suscitado alguna confusión entre las conceptualizaciones de gobernabilidad y gobernanza, estos no son excluyentes, sino que tienden a complementarse, requiriendo ser distinguidos en sus causalidades para su correcta aplicación. En la gobernanza destaca la interacción entre los agentes relevantes, entendidos como aquellos con suficiente poder para suscitar afectación en el cumplimiento de las reglas o los procesos vinculados a la toma de decisiones, así como la solución de conflictos asociados a grupos sociales diversos (Coppedge, 1996; Strom y Müller, 1999). Por otra parte, la gobernabilidad ofrece, a criterio de Koiman (2016), la capacidad de un sistema político para el autogobierno dentro de una estructura más amplia a la que pertenece, concentrando la gobernabilidad al alineamiento ente las necesidades y las capacidades del sistema y de su competencia para autoreforzarse con el apoyo de las instituciones políticas o de las normas y reglas establecidas. Se entiende que el



concepto recoge la capacidad de un gobierno para implementar políticas públicas orientadas a la colectividad, mediante la acción institucional bajo reglas formales.

EL VÍNCULO DEL ESTADO CON LA GOBERNABILIDAD

Bajo el criterio de paradigmas de gobernabilidad, entendidos estos como el conjunto de respuestas institucionalizadas referidas a las ideas, los valores, las normas y las prácticas que una comunidad política sustenta en pos de pretender dar soluciones a sus problemas de gobierno, Camou (2001) relaciona niveles de análisis que integran la cultura política, las instituciones y las políticas, junto a campos de acción gubernamental de carácter político, económico y social, que pueden tener una articulación adecuada si se sustentan en, “una serie de acuerdos básicos entre las élites dirigentes y una mayoría significativa de la población” tras la adopción de un carácter institucional; reduciendo así la incertidumbre y proporcionando además, legitimidad a las acciones de gobierno (p. 51). No obstante, para Prats (2001) la gobernabilidad es postulada como una cualidad de las sociedades o sistemas sociales, “no de sus gobiernos” (p. 120); considerando que son los sistemas sociales los que son (y en determinada medida) gobernables cuando se da una estructuración sociopolítica adecuada (Mayorga y Córdova, 2007).

Aun así, ha de resaltarse que, en su vertiente analítica, la gobernabilidad se refiere a las condiciones necesarias y suficientes para que las instituciones políticas transformen efectivamente las demandas o

necesidades en políticas o regulaciones. Según esta visión, ha de inferirse entonces que un mayor grado de gobernabilidad vendrá asociado a un mejor alineamiento entre demandas y políticas a través de las instituciones, que deberán resolver los ‘tradeoffs’ existentes entre diseños alternativos. En general, es la gobernabilidad, la capacidad que tiene el Estado para formular e implementar decisiones públicas; de allí que:

Desde un punto de vista normativo, la gobernabilidad vendrá asociada con mayores niveles de democracia y bienestar, en tanto (a) serán las fórmulas democráticas las que mejor canalicen las necesidades y las demandas ciudadanas y (b) será en términos de bienestar entendido como desarrollo humano que se juzgue la bondad de las políticas públicas. (Prats, 2003, p. 9)

La gobernabilidad digamos moderna, es posible a partir de la existencia de un actor racional que monopoliza los recursos de coerción, dominación y administración, y cuyas variaciones funcionales e institucionales en lo cuantitativo y cualitativo, a lo largo de la historia, han quedado en gran medida consolidadas a partir de la conformación del Estado Moderno y sobre todo en el modelo de bienestar. (D’Eramo, 2017, p. 128)

La gobernabilidad es inherente al funcionamiento del Estado y está relacionada con la calidad y tipo de las instituciones, de las políticas y de los arreglos sociales que orientan la evolución de un país (Vargas, 2007). Afirma Kauffman (2000) que la gobernabilidad es un

concepto esencial con influencia en el dominio de las libertades públicas; revelado indispensablemente a los ciudadanos que desean pronunciarse sobre la acción del Estado. Finalmente, se deduce, en concordancia con lo planteado por Fukuyama (2014), que la gobernabilidad depende de la capacidad del Estado para brindar bienes públicos, mantener el orden y promover el desarrollo.

CONCLUSIONES

La evolución conceptual del Estado hacia la estructuración del perfil del Estado moderno concentra y se asienta sobre elementos y atributos reconocibles como el poder, la población, el territorio, la nación y la soberanía. En sus inicios el Estado se fundamentaba sobre todo en la fuerza y la coacción, regularmente con ideas teocráticas del poder, donde los gobernantes con carácter dinástico ejercían el poder sin control y asumían las competencias del Estado. La evolución del Estado hacia fases de modernidad ha comportado el desarrollo apreciable de los órdenes jurídico, político y social, especialmente a raíz de la revolución francesa y el proceso de independencia norteamericana, determinando las relaciones entre gobernantes y gobernados, en un proceso formativo constante de ganancia de atributos con distinto nivel de desarrollo, que permite la construcción del eje de relaciones sociales que determinan el sistema de dominación o de creación del poder.

Dentro de las tipologías que forman el Estado contemporáneo se contemplan fórmulas que van

desde la desconcentración administrativa, realidad del Estado con primacía del poder central, pasando por la autonomía administrativa, hasta la autonomía política y constitucional, fórmulas en donde el poder puede ser repartido entre el nivel central y los niveles regionales y locales con grados de autonomía. Además, el Estado puede ser organizado territorialmente en diversos modos, entre los que destacan: Estado unitario, que comporta la concentración de funciones del Estado en órganos del poder central; Estado compuesto, conjunto de estados miembros con autonomía de funciones; Estado federal, unión de estados miembros con el poder central organizados en una federación; y Estado regional, donde el poder central asume la condición de Estado y los miembros autónomos el de regiones o autonomías.

En cuanto a la gobernabilidad, conceptualmente define la capacidad del sistema político para dar respuestas eficientes y oportunas al nivel de demandas de la sociedad, de forma equilibrada y con políticas públicas acordes en términos de logro de objetivos con sostenibilidad financiera, reducción de conflictos y desarrollo de la justicia social. Aunque muchas veces se presenta confusión entre gobernabilidad y gobernanza, son términos complementarios. En la gobernabilidad pueden reconocerse mecanismos verticales de poder entre gobernantes y gobernados, en tanto que la gobernanza pareciera horizontalizar más los procesos, promoviendo la participación de un mayor número de actores con suficiente poder para afectar la toma de decisiones, mediante redes mixtas, en función de objetivos comunes y coordinados.



REFERENCIAS

- Calduch, R. (1991). *Relaciones Internacionales*. Madrid: Editorial Ciencias Sociales, Universidad Complutense de Madrid.
- Camou, A. (2001). *Los desafíos de la Gobernabilidad*. México: Flacso/ IISUNAM/Plaza y Valdés.
- Coppedge, M. (1996). "El concepto de gobernabilidad. Modelos positivos y negativos". En CORDES. *Ecuador: un problema de gobernabilidad*. (pp. 31-48). Quito: CORDES-PNUD.
- Crozier, M., Hungtinton, S. y Watanuki, J. (1975). *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*. Milano: Franco Angeli Editore.
- D'Angelo, A. (2019). ¿De qué se habla cuando se habla de territorio? *Revista Cátedra Paralela.*, N° 16, pp. 69-87. ISSN: 2683-9393.
- D'Eramo, D. (2017). "Gobernabilidad, gobernanza... En definitiva, el Estado". *Revista Administración Pública y Sociedad*, Nro. 3. [En línea]. Tomado de: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/APyS/article/view/15314/17153>
- Díaz, F. (2018). *Fundamentos actuales para una teoría de la constitución*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Fukuyama, F. (2014). *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*. Farrar, Straus and Giroux. En línea]. Tomado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/download/11421/11938/>

Garabedian, M. (2020). "El estado moderno. Breve recorrido por su desarrollo teórico". [En línea]. Tomado de: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/cdac/wp-content/uploads/sites/96/2020/03/T-Garabedi%C3%A1n-El-Estado-moderno.pdf>

Herrera, W. (2003). "La población (segundo elemento constitutivo del estado colombiano)". *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N° 24. pp. 224-272.

Jessop, B. (2014). "El estado y el poder". *Utopía y Praxis Latinoamericana*. Vol. 19, núm. 66. Julio-septiembre. pp. 19-35. ISSN: 1315-5216.

Jolly, J. (2012). La interdeterminación entre territorio, territorialidad y territorialización de las políticas públicas: hacia una nueva propuesta de esquema para el análisis de las políticas públicas en el territorio. XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Cartagena, Colombia.

Kauffman, (2000). Entrevista en el HCCI de Francia.

Koiman, J. (2016). Interactive governance and governability. In Edelenbos and van Meerkerk (Eds.). *Critical reflections on interactive governance. Self-organization and Participation in Public Governance*. (pp. 29-50). Massachusetts: Edward Elgar Publishing.

Lizcano, F. (2012). "Conceptos de ciudadano, ciudadanía y civismo". *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, Vol. 11, N° 32. pp. 269-304.

Llatas, L. (2011). "Noción de estado y los derechos fundamentales en los tipos de estado". *Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 9, N° 8. pp. 177-193.

Martínez, A. (1995). "Concepción Moderna de los Derechos Humanos".
Revista Frónesis, Vol. 2. N°2. pp. 133-153. pp. 1315-6268.

Martínez, A. (2000). "Bases teóricas sobre la conformación del estado moderno". Cuestiones Políticas, N° 25. Julio-diciembre. pp. 125-133. ISSN: 0798-1406.

Mayorga, F. y Córdova, E. (2007). "Gobernabilidad y Gobernanza en América Latina". [En línea]. Tomado de: <http://www.institut-gouvernance.org/docs/ficha-gobernabilida.pdf>

Meier, H. (2015). "Estado, nacionalidad y ciudadanía (someras reflexiones)". Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, N° 6. pp. 51-72.

Míguez, P. (2009). "El nacimiento del estado moderno y los orígenes de la economía política". Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Vol. 22, N° 2. pp. ISSN: 1578-6730.

Nogueira, H. (1985). "El Estado unitario, los procesos de descentralización regional y el estado federal". Revista Aure, Vol. 12, N° 34-35. pp. 134-143.

O'Donnell, G. (1979). Democracy and Bureaucratic Authoritarianism in Latin America. Berkeley: Institute of International Studies.

O'Donnell, G. (1984). "Apuntes para una teoría del estado". [En línea]. Tomado de: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.top.org.ar%2Fecgp%2FFullText%2F000000%2FO%2520DONNELL%2520Guillermo%2520-%2520Apuntes%2520para%2520una%2520teoria%2520del%2520estado.pdf&clen=155512&chunk=true>

- Oriol, J. (2003). "El concepto y el análisis de la gobernabilidad". [En línea]. Tomado de: https://www.ses.unam.mx/docencia/2007II/Lecturas/Mod3_Oriol.pdf
- Prats, J. (2001). "Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano: marco conceptual y analítico". Revista Instituciones y Desarrollo, N° 10. pp. 103-148.
- Prats, J. (2003). "El concepto y el análisis de la gobernabilidad". Revista Instituciones y Desarrollo. N° 14-15. pp. 239-269.
- Przeworski, A. (1988). "Democracy as a Contingent Outcome of Conflicts". En Elster & Slagstad (Eds.). Constitutionalism and Democracy. (pp. 59-80). Cambridge: Cambridge University Press.
- Rojas, F. (2010). Gobernabilidad y gobernanza. De la teoría a la práctica. Aplicación a los servicios de agua potable y saneamiento. Ciudad de México: ANEAS.
- Sánchez, F. (1979). ¿Democracia no lograda o democracia malograda? Un análisis del sistema político del Ecuador, 2002.
- Sevilla, A. (2010). Debates sobre el estado y la globalización. En Mancero y Polo (Comp.). Ciencia, política y poder. Debates contemporáneos desde Ecuador. (pp. 307-334). Quito: FLACSO.
- Soto, V. (2020). "El debate sobre la forma del Estado chileno: alternativas en derecho". comparado y revisión de propuestas constitucionales. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Serie Informes, N° 14-20. pp. 3-36.
- Strom, K. y Müller, W. (marzo, 1999). Coalition Governance Institutions in Parliamentary Democracies. Ponencia presentada en el

Workshop 13 'Designing Institutions' en los Grupos de Trabajo conjunto del ECPR. Mannheim, Alemania.

Vargas, J. (2007). "La nueva correlación de fuerzas para la gobernabilidad del Estado, el mercado y la sociedad". Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, Vol. 13, Nro.2. En línea]. Tomado de: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-64112007000200003

Vásquez, E. (2021). Elementos esenciales y modales del estado. Hechos y Derechos. N° 61. Enero-febrero. pp. 8-10. ISSN: 2448-4725.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

EL DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LOS RETOS ACTUALES PARA SU EJERCICIO

THE RIGHT OF ACCESS TO THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND THE CURRENT CHALLENGES FOR ITS EXERCISE

O DIREITO DE ACESSO À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E OS ATUAIS DESAFIOS PARA O SEU EXERCÍCIO

RESUMEN

Diego Alejandro Pico Torres¹

<https://orcid.org/0009-0000-8869-8818>

Esta investigación analiza los antecedentes constitucionales, legales y jurisprudenciales que regulan el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en Colombia, en su búsqueda por resolver problemáticas sociales, económicas, culturales e institucionales, que impiden su funcionamiento en este país. Se cuestiona acerca de, ¿cómo las normas expedidas que integran el ordenamiento jurídico colombiano producto de la comunicación entre el Estado y la Sociedad resultan eficientes, al cumplir con su propósito de garantizar el acceso a la administración de justicia? En cuanto al enfoque investigativo, se parte del interaccionismo simbólico propuesto por Parsons, basado en la comunicación entre actores –Estado y Sociedad– y como su cohesión social entra a solucionar el derecho de acceso a la administración de justicia. El estudio, además, se aborda desde la sociología del derecho, a partir de diferentes aportes investigativos y normas jurídicas que desarrollan la forma en la que el derecho colombiano aborda la protección de esta garantía constitucional. Se concluye que, a pesar de los esfuerzos por materializar este Derecho han sido insuficientes sus resultados, siendo necesario crear Centros de Justicia de naturaleza informal que se desconcentren en todos los territorios del país.

¹ Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Actualmente, investigador independiente. Correo diegopico97@gmail.com. ORCID. 0009-0000-8869-8818

Artículo de reflexión de investigación

Fecha recibido: 09/07/2023

Fecha aceptado: 01/11/2023

Palabras clave: Derecho de acceso a la administración de justicia; cohesión social; Estado; sociedad.

Cómo citar:

Pico, D. (2024). El derecho al acceso a la administración de justicia y los retos actuales para su ejercicio. *Justicia, sociedad y derecho*, 2(4), 108-127. doi: <https://doi.org/10.24267/25009389.1007>

**ABSTRACT**

This research analyzes the constitutional, legal and jurisprudential background that regulates the fundamental right of access to the administration of justice in Colombia, in its search to resolve social, economic, cultural and institutional problems that prevent its functioning in this country. The question arises as to how the norms issued that make up the Colombian legal system, as a result of the communication between the State and Society, are efficient in fulfilling their purpose of guaranteeing access to the administration of justice? Regarding the investigative approach, we start from the symbolic interactionism proposed by Parsons, based on the communication between actors – State and Society – and how their social cohesion comes to solve the right of access to the administration of justice. The study is also approached from the sociology of law, based on different investigative contributions and legal norms that develop the way in which Colombian law addresses the protection of this constitutional guarantee. It is concluded that, despite the efforts to materialize this Right, their results have been insufficient, making it necessary to create Justice Centers of an informal nature that are deconcentrated in all the territories of the country.

Keywords: Right of access to the administration of justice; social cohesion; State; society.

RESUMO

Esta pesquisa analisa o contexto constitucional, legal e jurisprudencial que regula o direito fundamental de acesso à administração da justiça na Colômbia, na sua busca de resolver problemas sociais, econômicos, culturais e institucionais que impedem o seu funcionamento neste país. Surge a questão de como as normas emitidas que compõem o sistema jurídico colombiano, como resultado da comunicação entre o Estado e a Sociedade, são eficientes no cumprimento do seu propósito de garantir o acesso à administração da justiça? No que diz respeito à abordagem investigativa, partimos do interacionismo simbólico proposto por Parsons, baseado na comunicação entre atores – Estado e Sociedade – e como a sua coesão social vem resolver o direito de acesso à administração da justiça. O estudo também é abordado a partir da sociologia do direito, com base em diferentes contribuições investigativas e normas jurídicas que desenvolvem a forma como o direito colombiano aborda a proteção desta garantia constitucional. Conclui-se que, apesar dos esforços para concretizar este Direito, os seus resultados têm sido insuficientes, tornando necessária a criação de Centros de Justiça de carácter informal e desconcentrados em todos os territórios do país.

Palavras-chave: Direito de acesso à administração da justiça; coesão social; Estado; sociedade.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se aborda desde diferentes áreas, partiendo del interaccionismo simbólico propuesto por Parsons, basado en la comunicación entre distintos actores –el Estado en sus tres ramas del poder y la Sociedad– quienes participan en el cumplimiento del derecho de acceso a la administración de justicia. Interacción que ha permitido el surgimiento de comprensiones respecto de los obstáculos al interior de cada uno de los grupos que intervienen, afectando la aplicación efectiva de este Derecho, cuya solución sólo puede darse de manera conjunta entre ellos (Ramírez, 2011, p. 63). Además, desde la sociología del derecho, se involucra los comportamientos sociales relevantes en la aplicación de la justicia y el acceso que el Estado proporciona a la comunidad.

La justicia ha sido enfocada por pensadores de diferentes épocas a través de la historia. Aristóteles afirma que la justicia corresponde a la virtud por excelencia, total, libre de características particulares y dotada de todas las demás virtudes (Fassó, 2021, p.61). Para Fassó (2021), la justicia –hablando del modelo de justicia distributiva de Aristóteles– corresponde a la, “distribución de los honores, bienes y de las demás cosas que el Estado puede dividir entre los ciudadanos, teniendo en cuenta que entre uno y otro de esos ciudadanos el tratamiento puede ser igual o desigual” (p. 63). Partiendo de esta definición, al Estado se le faculta para distribuir bienes materiales/intelectuales, que se encuentran en su propiedad en favor de ciudadanos que ocupan un lugar en la sociedad. Por

ende, se hace necesaria la comunicación continua entre los difeferentes participantes mencionados.

Autores como Kelsen, comprenden que una composición social es justa, cuando regula, “la conducta de los hombres en una forma satisfactoria para todos, de tal modo que todos encuentran en él su felicidad. La aspiración a la justicia es el eterno anhelo humano de felicidad. Justicia es felicidad social”. (Bernal, 2005, p. 168). Jhon Rawls considera que la justicia deviene de una teoría equitativa, definiéndola como, “el papel que juega un conjunto de principios relacionados entre sí, para identificar las consideraciones pertinentes que hacen posible ese equilibrio entre pretensiones enfrentadas y la división correcta de las ventajas sociales” (Peláez, 2014, p. 157). Se destaca, además, como instituciones importantes, la Constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales (Raws, 1979, p. 13). De esta postura, se entiende que la misma, no se haya alejada de la noción de justicia distributiva de Aristóteles, en la medida en que también se le otorga a instituciones del Estado, la facultad para distribuir derechos y deberes fundamentales entre los ciudadanos, escenario donde cobra importancia la comunicación entre estos actores.

A pesar de lo anterior, una noción más acertada de justicia para el caso colombiano, se encuentra en Uprimny y Guzmán, para quienes corresponde a las, “reparaciones transformadoras que tienen en cuenta sus contextos transicionales, en especial, en sociedades con desigualdades profundas y pobreza extendida, dando respuesta a los requerimientos de

la justicia distributiva y de participación de las comunidades victimizadas, valorizando sus perspectivas desde abajo” (Peláez, 2014, p. 161).

Partiendo de estas nociones se extraen conceptos como virtud, felicidad, equidad, igualdad, institucionalidad, justicia transicional, distributiva y de participación. Nociones que no solo regulan la vida en sociedad, sino a su vez, otorgan deberes y obligaciones a los miembros de esta. Aspectos que se desarrollarán en la presente investigación, resaltando la importancia de la manera en la que se debe constituir un diálogo adecuado entre el Estado y los integrantes del grupo social.

ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA Y SU MARCO CONCEPTUAL

En Colombia existen múltiples precedentes que dan cuenta del interés por parte del Estado y de las instituciones que administran justicia, de garantizar que todos los ciudadanos puedan acudir ante las autoridades que por ley están investidas con funciones jurisdiccionales, esto con el propósito de resolver sus controversias. Para ello, es pertinente aclarar que este derecho se encuentra protegido en diversos apartados de la Constitución política de Colombia, como sucede con los artículos 2º y 229, referidos a los fines esenciales del Estado y al acceso a la administración de justicia. Artículos que, por conexidad, tienen que ver con el debido proceso (art. 29), que impone las reglas por las cuales se deben regir las actuaciones judiciales y administrativas. Normativas, que sientan las bases para materializar el derecho de acceso a la

justicia, a partir de la inclusión de diferentes preceptos que ofrecen amparo a nivel sustancial y procesal.

Ahora bien, con el propósito de analizar los avances en el acceso a la administración justicia en Colombia, su protección como derecho fundamental por conexidad y la articulación lograda hasta el momento entre el Estado y la sociedad en su proceso de consolidación, se abordará a continuación, los diferentes progresos en materia legal, constitucional y jurisprudencial. Además de otras cuestiones sociales que permitirán determinar qué garantías se han otorgado a este Derecho.

ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Se ha dicho que el debido proceso está estrechamente asociado al acceso a la administración de justicia, por tratarse de un derecho fundamental por conexidad. En principio, el debido proceso no es considerado como fundamental cuando tiene una “íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales”. (Corte Constitucional, Sentencia, T-491, 1992). Premisa que es también aplicable a otras garantías constitucionales como “la vida, la igualdad, y el libre desarrollo de la personalidad” (Cortéz, 2015). Partiendo de esta postura, la falta de protección al derecho de acceso a la administración de justicia, tiende a representar una vulneración directa a estos tres derechos.

Ampliando este postulado, la Corte Constitucional señaló que este supuesto es aplicable a los procesos de carácter judicial y administrativo, integrándose por



los derechos a ser procesado por un juez natural, presentando y controvertiendo pruebas, la defensa material y técnica, así como la publicidad de los procesos y de las decisiones judiciales (Corte Constitucional, Sentencia, C-542, 2019). Lo anterior, destaca un esfuerzo jurídico de la Corte Constitucional por proteger el acceso a la administración de justicia, dando a la sociedad elementos para exigir la salvaguarda de este derecho. Por ende, es imprescindible analizar aquellas acciones implementadas para determinar su incidencia en el derecho procesal colombiano.

ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela constituye el dispositivo judicial de más fácil acceso para las personas en Colombia. Se trata de un instrumento consagrado en la Constitución Política de 1991 en su artículo 86 y en los decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, con el propósito de que los colombianos tengan un mecanismo expedito que proteja sus derechos fundamentales¹. Desde el punto de vista adjetivo, la tutela se operacionaliza como un procedimiento preferente y sumario, que debe resolverse en un término no mayor a diez días, contados a partir de su solicitud. Puede, “ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante” (Decreto Ley 2591, 1991).

¹ La acción, desde sus inicios, fue pensada en su creación en Estados Unidos en el caso Marbury vs Madison en 1801 (Torres, 2014, p. 4).

Según esto, tomando el modelo teórico propuesto por Rawls, en donde se le otorga derechos y deberes fundamentales a la sociedad, que son de fácil reclamación en el ordenamiento jurídico colombiano, y por ende en el Estado colombiano; la acción de tutela se presenta como un mecanismo abreviado de exigencia de los derechos propios de cada ciudadano, lo cual permite evidenciar que la cohesión social alcanzada en la Asamblea Nacional Constituyente y que terminó con la promulgación de la Constitución de 1991, alcanzó ese objetivo primordial, consistente en acercar el acceso a la administración de justicia en materia de derechos fundamentales a la sociedad y la ciudadanía.

ACCIÓN POPULAR Y ACCIÓN DE GRUPO

Aunque estas acciones ya tenían su lugar dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es el Constituyente de 1991, quien le da esa protección de carácter constitucional, lo anterior con la intención de otorgarle un aspecto social a los derechos sustanciales que gozan de protección por medio de la acción de grupo. Para ello, la Asamblea Nacional Constituyente le ha dado una, “pertinencia de esta como medio de acceso a la justicia de causas que, individualmente consideradas, podrían no llegar a ser objeto de un pronunciamiento judicial” (Torres, 2020, p. 161).

De esta manera y partiendo de ese mismo pensamiento proteccionista, con el cual se pretende darle una garantía aún mayor de los derechos colectivos, el Constituyente como producto de las contribuciones entregadas por sus integrantes, logró reconocer

que las acciones populares procuran su: “valoración jurídica e histórica [...] y sus antecedentes, la consideración de estas [...] como acciones públicas, y el reconocimiento de un ámbito específico de actuación de estas acciones en defensa de los derechos colectivos.” (Londoño, 2020, p. 124). Resaltando además, la importancia de instaurar dentro del ordenamiento jurídico colombiano un mecanismo procesal distinto que garantice su reconocimiento, tal como lo afirma Barón (2010), al señalar que, “Las acciones para la protección de los derechos subjetivos individuales [...] no pueden dar respuesta apropiada a los conflictos en los que se manifiestan los intereses colectivos” (p. 39).

Ambas acciones, previstas en los artículos 87 y 88 de la Constitución Política, encuentran su principal diferencia en que la primera, protege bienes colectivos de interés general, y la segunda se ejerce exclusivamente para exigir el reconocimiento y el pago de la indemnización de perjuicios (Ley 472, 1998). Otra distinción entre estas acciones, se deriva de requisitos formales de procedibilidad para su admisión, al exigir elementos cuantitativos y cualitativos en su interposición. El primer elemento, se relaciona con la conformación de un grupo mínimo de 20 personas, previo a la admisión de la demanda, sin perjuicio que se puedan incorporar otros sujetos antes de darse la etapa probatoria, o 20 días después de publicada la sentencia. Desde el aspecto cualitativo, se debe probar la razón por la cual se pertenece a ese grupo, que se cumple indicando el daño que se le oca-

sionó, y por ende la vulneración del debido proceso (Vásquez, et, al., 2006)²

Por otro lado, la acción popular es un mecanismo procesal, por medio del cual se protegen bienes colectivos de interés general (Martínez, & Trujillo, 2021). La Ley 472 de 1998, ofrece facilidades de acceso a la administración de justicia. Ejemplo de ello, se observa en los artículos 13 y 17, que disponen del inicio de la actuación podrá acudir a la Personería o a la Defensoría, a fin de que se instruya en la elaboración de la demanda. De igual manera se exige al juez designado en el proceso, notificarle a la Defensoría del Pueblo sobre la admisión de la misma, en los casos en que la persona acuda sin apoderado judicial, esto con la intención de brindarle una asesoría técnica a esta persona.

Así mismo, la ley señala en su artículo 16, que el juez competente para conocer este tipo de acciones es el del lugar de la ocurrencia de los hechos, o el del domicilio del demandado a elección del demandante, ofreciendo de esta manera, más facilidades en cuanto a la presentación de la demanda. Otro aspecto que hace esta ley, es la no exigencia de agotar la vía gubernativa en los casos en que la vulneración del derecho de interés colectivo provenga de la Administración. Concediendo, además, la posibilidad de interponerse por múltiples actores, siempre y cuando subsista la amenaza o peligro del derecho e interés del colectivo (Ley 472, 1998).

2 Los demás aspectos pueden verse en la Ley 472 de 1998.



Si bien es cierto, estas acciones buscan favorecer a la sociedad, obligando al Estado y sus instituciones a cumplir con los derechos y los deberes fundamentales previstos a su favor por la Constitución y la ley. No obstante, se cuestiona la congestión judicial – como hecho notorio – que impide que estas acciones avancen de manera eficiente en la tramitación de los procesos por las demoras en los despachos judiciales respecto a la expedición de la sentencia. Aspecto que constituye una falla en esa comunicación entre la sociedad y el Estado, desde sus ramas del poder, por encontrar una solución que permita avanzar en mecanismos de justicia eficientes y que respeten el principio de economía procesal. Aunque se hace pertinente aclarar, que dichos obstáculos emergen de situaciones de tipo económico y social, atribuibles a factores de origen internacional como guerras, aumento del precio de las divisas y situaciones sanitarias, que son ajenas a los actores antes enunciados.

ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, partiendo del principio de supremacía constitucional del artículo 4º, consagró este mecanismo en los artículos 40 numeral 6, 241 y 242. La Corte Constitucional define la Acción como un mecanismo por medio del cual este Tribunal Constitucional, “tras el adelanto de un proceso, produzca una sentencia con efectos de cosa juzgada sobre un cierto problema jurídico planteado por el actor, relacionado con disposiciones creadas en general, aunque no exclusivamente por el Congreso de la República” (Corte Constitucional, Sentencia, C-352, 2013). Esta definición, contiene en

sí, una incidencia de tipo procesal, toda vez que ésta no solo permite demandar leyes de la República, sino decretos con fuerza de ley que vayan en contravía de la Constitución. Otro de los aspectos importantes de esta Acción es que la misma tiene una legitimación activa amplia, en el entendido que, “cualquier ciudadano colombiano tiene la facultad de ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, como lo establecen tanto la Constitución como el artículo 2 del Decreto Estatutario 2067 de 1991³.

En cuanto a los requisitos para formular la acción, el accionante debe estar pleno de uso de sus derechos políticos⁴. La demanda debe expresar los motivos por los cuales la norma es contraria a la Constitución, así como las normas constitucionales que se consideren vulneradas. Enunciando, también, el trámite a seguir para la expedición de la norma o Ley –si hay lugar a ello–. Por último, los fundamentos legales por los que la Corte es competente para conocer la acción⁵. En todo caso, quien demanda deberá especificar las razones que sustentan el motivo por el cual la norma contradice la Constitución de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente⁶.

Estos requisitos establecidos por la Corte, han sido en principio, el soporte para el ejercicio democrático.

3 Véase artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. En cuanto a la legitimación fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C-003 de 1992, descartó que pudieran presentar la acción las personas naturales menores de 18 años.

4 Corte Constitucional, Sentencia, C-536, 1998.

5 Corte Constitucional, Sentencia, C- 652, 2001.

6 Corte Constitucional, Sala Plena C- 1052/2001.

No obstante, en algunos casos, se ven como obstáculos para el acceso a la administración de justicia por parte de los ciudadanos. Ejemplo de ello, se observa en el hecho de exigirle al demandante cumplir con lo dispuesto en el artículo 2° del decreto antes mencionado (Mendieta, 2010). Pese a ello, la misma Corte en la sentencia C-1052 de 2001 –con el ánimo de hacer más flexible la Acción– dispuso que el juez de conocimiento, pudiera hacer uso del principio pro actione en favor del demandante, según el cual, “en caso de duda, esta debe resolverse en beneficio del actor y proceder a la admisión de la demanda y al fallo de fondo” (Mendieta, 2010, p. 78).

Aunado a lo anterior, se observa cómo la acción otorga derechos y garantías a sectores minoritarios de la sociedad; a partir de movilizaciones sociales que reclaman la modificación de leyes en temas como el aborto, la eutanasia, los derechos de las parejas del mismo sexo, de los animales, y en otras materias que históricamente han sido motivo de exclusión social, las cuales han sido debidamente atendidas y promovidas por el Estado colombiano. Aspecto que permite demostrar la articulación entre la acción la ciudadanía por hacer valer estas garantías en favor de las comunidades menos favorecidas (Mendieta, 2010).

PARTICULARES CON FUNCIONES JURISDICCIONALES

De igual manera, dentro del articulado de la Constitución, se incorpora la posibilidad de acceder a instituciones de justicia informal, creadas a partir de mecanismos alternativos de solución de conflic-

tos (MASC), en el artículo 116 de la Carta política. Instancias, que otorgan la posibilidad a la ciudadanía de acudir a ellas como instrumento alternativo de justicia para resolver sus controversias jurídicas, de manera eficiente y eficaz, contrario a la justicia formal en cabeza de la rama judicial. Los MASC, regulados por la Ley 640 de 2011, corresponde a los siguientes: arbitraje, amigable composición, mediación y la conciliación (Cabana, s.f.).

Tales mecanismos están a la cabeza de particulares investidos en forma transitoria de la función de administrar justicia. Esta doble forma de acceso a la justicia, según Castillo & Bautista (2018), demuestra que, “los Estados reconocen la dificultad en el acceso a la administración de justicia, y que han cedido espacios y facultades a los particulares para que lo hagan a través de procesos y mecanismos no formales” (p. 169).

Otro aspecto por resaltar es el enfoque social bajo el cual se adelantan los procedimientos en la mayoría de los mecanismos utilizados en la resolución de conflictos, ya que capacitan e informan al ciudadano, respecto de la forma en la que pueden llegar a un arreglo que represente un beneficio mutuo, término que alcanzan ellos mismos, con la dirección de un tercero que cuenta con los conocimientos jurídicos para guiarlos a una determinación que sea justa y pacífica para los intervinientes en el proceso (Cabana, M. s.f.). Esto permite evidenciar, como el Estado acerca la administración de justicia a los ciudadanos, permitiendo que estos ejerzan los derechos y obligaciones que este mismo le ha asignado, resaltando además



ese aspecto propio de la sociología jurídica en el desarrollo de los procedimientos.

LEYES Y DECRETOS QUE REGLAMENTAN EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En este apartado se trae a colación las normas que introducen aspectos relativos al acceso a la administración de justicia. Sobre este punto, la Ley 1437 (CPACA), en su artículo 53 introdujo la posibilidad de que los ciudadanos –tanto en sede administrativa, como en los procedimientos judiciales–realicen sus trámites y procedimientos a través de medios electrónicos en los sitios web de las entidades del Estado (Chuquen, et, al., 2022). Seguidamente, la Ley 1564 de 2012, en sus artículos 291, 292 y 612, dispuso que las notificaciones de providencias judiciales podían realizarse por correo electrónico. Por su parte el artículo 103 de la Ley en mención, junto con el artículo 95 de la Ley 270 del año 1996, dio relevancia a la implementación del uso de las tecnologías en el desarrollo de todas las actuaciones judiciales. Normativas cuyo propósito en común, pretenden que las personas accedan a la administración de justicia de manera ágil y eficiente (Pizano, J. 2021).

Si bien es cierto, tales normas abrieron la posibilidad de que en Colombia se implementara el uso de las tecnologías en materia de justicia, las soluciones exigidas al Estado por parte de sus usuarios, obedeció a las demandas de aumento y facilidad de acceso tanto a los procesos como a las plataformas de la rama judicial, con el ánimo de evitar la vulneración a este derecho fundamental. Pese a esta regulación, es

posible que tras la pandemia decretada en 2020 por el COVID-19, los procesos en esta materia se madurarán, siendo el uso de medios tecnológicos en el desarrollo de los procesos judiciales, el camino adecuado para garantizar la prontitud de los procesos (Pizano, 2021). Como efecto de lo anterior, en Colombia se dictaron algunas normativas, a saber:

DECRETO 806 DE 2020

La expedición del Decreto Legislativo 806 de 2020, trajo consigo una serie de disposiciones tendientes a implementar de manera concreta y eficiente la virtualidad en los procesos judiciales en nuestro país, en respuesta a las exigencias sociales elevadas al Estado y descritas anteriormente, con normas que permiten: I. Adelantar audiencias a través de plataformas que brindan servicios de videoconferencias; II. Mecanismos como la radicación de actuaciones jurídicas por medio de correo electrónico o plataformas virtuales como el creado para la presentación de tutelas; III. La creación de carpetas virtuales con las respectivas piezas procesales de los expedientes, con el objeto de que sean consultados por quien tenga interés en hacerlo; IV. La presunción de que los poderes se consideran auténticos sin la necesidad de hacerlo por notaría.

Se afirma, que éstas normas permiten hacer uso de medios tecnológicos en los procesos judiciales de forma efectiva, otorgando garantías de acceso a la administración de justicia. Garantías que por conexidad deben protegerse como un derecho fundamental. No obstante, la falta de conectividad, el

atraso tecnológico en el país, la ubicación territorial de algunos municipios, y la falta de capacitación de sus funcionarios en el uso de tecnologías, han representado un obstáculo en la implementación de estos mecanismos que pretenden modernizar el acceso a la administración de justicia (Pizano, 2021).

Sin embargo, como se había indicado, la expedición de esta normativa representó una aplicación efectiva de la tecnología en la justicia, sin precedentes en nuestro país. Aspecto que no solo representa la aplicación práctica de un modelo de justicia distributiva, propio de la legislación colombiana, sino que, además, permite dilucidar esa atención del Estado a los requerimientos exigidos por la sociedad (Pizano, J. 2021). Cabe destacar que estas disposiciones fueron reglamentadas a través de la Ley 2213, que introdujo los postulados creados por el Decreto 806 de 2020 (Pizano, J. 2021).

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN FRENTE AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la protección del derecho al acceso a la administración de justicia, que como se ha visto está amparado por conexidad como derecho fundamental. Con el propósito de destacar las garantías que ha dado esta institución en la protección de este postulado, Sánchez,

et, al., (2020), analizan los desarrollos jurisprudenciales sobre esta materia, para significar cómo desde el derecho procesal han representado garantías de acceso a la administración de justicia, al señalar que, las pretensiones que pueden ser resueltas por mecanismos alternos, como la conciliación, el arbitraje, o la amigable composición, obligan al Estado a, “Contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, lo cual impone claras obligaciones positivas para el Estado” (Sánchez, et, al., 2020, p. 210).

Otro aspecto, tiene que ver con la promoción de un sistema de apoyo –como el amparo de pobreza– en favor de aquellas personas que carecen de recursos económicos para su defensa técnica, caso en el cual, la Corte Constitucional, afirma que, “el monto de las pretensiones formuladas por dichas personas sea de mayor o menor cuantía, en consecuencia, el criterio fundamental que se debe tener en cuenta en estos casos es exclusivamente el de la situación económica del solicitante” (Sánchez, et, al., 2020, p.15).

Asimismo, la celeridad que se le ha implementado a los trámites al incluir dentro de los procedimientos figuras como la del Curador *Ad Litem*, que garantiza la representación jurídica de toda aquella persona que se encuentra ausente y no conoce de los procesos que se adelantan en su contra (Sánchez, et, al., 2020).



La Corte, además, declaró inconstitucional disposiciones de la legislación colombiana que exigía requisitos de orden económico, como el arancel judicial y la fijación de altas cuantías para acceder a instancias judiciales, como lo es el recurso de casación en materia laboral, que de conformidad con la Ley 1395, ordenó que para poder acceder a este, debía solicitarse que el valor de las pretensiones fuera de 220 S.M.L.M.V. Situación que vulnera el derecho a la igualdad por cuanto no todas las personas poseen esa cantidad de dinero (Sánchez, et, al., 2020). Esta jurisprudencia que se menciona, resulta importante, para efectos del análisis que se viene realizando, en razón que responde al modelo de justicia que refiere autores como John Rawls, en el que se le entrega derechos a los integrantes del grupo social, y a su vez, responde a las exigencias de garantías fundamentales pretendidas por los ciudadanos.

DIFICULTADES PARA EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA

ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA LAS COMUNIDADES HISTÓRICAMENTE VULNERABLES

En Colombia existen múltiples factores que aumentan la brecha social entre los sectores de la comunidad y generan condiciones sociales y económicas precarias para sus ciudadanos, dejando en evidencia la falta de capacidad del Estado para eliminar esas diferencias históricas presentes en nuestro país. Circunstancias que según Peláez (2014) obedecen a situaciones de, “carácter natural, como la edad, el sexo, la raza, la etnia, las condiciones físicas o psicológicas (p. 133)”

y a hechos de carácter social, como condiciones de tipo económico, laboral, desempleo, entre otros. Contextos que han ocupado un lugar importante en el estudio de la sociología. Esto aunado a un Estado que ha mostrado poco interés en implementar políticas públicas que conlleven a desarrollar leyes que garanticen de manera efectiva al acceso a la administración de justicia de las personas que se encuentran en estas dificultades, derecho que como se ha referenciado, es por conexidad un derecho fundamental (Peláez, 2014).

Frente a esta situación, Peláez (2014) sostiene que estos aspectos hacen imperante la obligatoriedad de, “construir este objeto jurídico de especial protección” (p. 135), que propenda porque Colombia avance en mecanismos efectivos que garanticen el acceso a una justicia eficiente, premisa que no se cumple en la actualidad debido a que las normas contenidas en nuestra legislación son dispersas, simbólicas y generan una falta de información acerca de sus derechos especiales (Peláez, 2014, p. 137).

Igualmente, no definen quiénes integran estos grupos, es decir, cuáles características personales hacen que un sujeto pertenezca a estas minorías, o bajo qué aspectos sociales, económicos, culturales, se entiende que alguien deba ser tratado en un contexto de especial protección, creando una falta de resolución de los conflictos que se presenta al interior de las comunidades y una desconexión entre el Estado y la sociedad que permita materializar un modelo de justicia equitativo que respete los planteamientos descritos por John Rawls y Aristóteles, teóricos que

defienden esos derechos y deberes fundamentales, aspectos que estructuran una conexión en el trabajo entre el Estado y la sociedad por avanzar en su concreción (Peláez, 2014).

FACTORES QUE DIFICULTAN EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA

Colombia presenta una serie de problemáticas de carácter social, económico, cultural e incluso geográfico que generan dificultades respecto al acceso a la administración de justicia. Es así como se encuentran territorios muy apartados y con mayores índices de violencia, debido principalmente a la poca presencia que se ejerce por parte del Estado en estas regiones, además de situaciones propias de las comunidades que entorpecen su materialización (Camacho, 2013, p. 26). Tales circunstancias no son ajenas al derecho de acceso a la administración de justicia puesto que impiden la aplicación efectiva del mismo.

De conformidad con lo ya expuesto, se abordarán las principales problemáticas que se presentan en Colombia y que más repercusión tienen en la garantía de este derecho fundamental.

De acuerdo con el manual para el acceso a la administración de justicia hecho por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, existen específicamente tres obstáculos que impiden el adecuado cumplimiento de este derecho, las cuales están relacionados con aspectos económicos, institucionales y sociales (Velásquez, 2009). Respecto a las falencias económicas que implican directamente a sus enti-

dades, reviste uno de los problemas más complejos, debido a que este trae consigo una serie de dificultades derivadas de ese problema principal.

Ejemplo de lo anterior es la falta de información acerca de los procedimientos aplicables a determinados asuntos que *a priori* resolverían conflictos jurídicos de los usuarios, la gran distancia en la que se encuentran algunas instituciones, principalmente para quienes habitan en zonas rurales, situaciones que se deben a los escasos recursos con los que cuenta el sistema judicial, para implementar mecanismos que resuelvan estos aspectos, debido a la escasa financiación que reciben las instituciones (Velásquez, 2009). Tales aspectos involucran al Gobierno Nacional y demuestran que este en muchos casos no cuenta con el capital suficiente para resolver estas circunstancias, que, además, afectan directamente la conversación con la sociedad, generando una falta de certeza en la consolidación del derecho que es objeto de investigación.

En cuanto a los obstáculos de carácter institucional, se encuentran barreras relacionadas con la congestión judicial, con despachos que no tienen las herramientas suficientes para resolver oportunamente los asuntos sometidos a su competencia, la falla en no profundizar en una modernización constante de la justicia, el abandono del Estado al no contar con despachos en la totalidad de los territorios, y la percepción de injusticia que se predica de la rama judicial que genera ilegitimidad y desconfianza en la misma (Velásquez, 2009).



De igual forma, los obstáculos sociales se encuentran asociados a temas idiomáticos, no solo porque existan dentro de la sociedad colombiana diferentes lenguas nativas o extranjeras, sino porque los tecnicismos jurídicos empleados por los operadores judiciales resultan extraños al común de la sociedad. Otro de los aspectos sociales que se presenta como obstáculo, concierne a sectores que sufren en sus territorios el asedio de grupos al margen de la ley, que instalan sus propias leyes en estos lugares acentuando la teoría del Estado fallido, no solo por situaciones como las ya descritas, sino por los múltiples casos de corrupción e ineficiencia que se presentan continuamente en las instituciones que administran justicia (Velásquez, 2009).

Si bien es cierto, los problemas enunciados son profundos y complejos de solucionar, deben ser tenidos en cuenta, en las políticas públicas que surgen de las concertaciones entre las comunidades y el Estado, a fin de evitar estas deficiencias que hacen parte de nuestro sistema de justicia, e imposibilita aplicar un modelo de justicia en el que se distribuyan y se garanticen deberes y obligaciones a la sociedad.

Para superar lo anterior y lograr un efectivo acceso a la administración de justicia, se proponen como primera medida, la gestión de políticas públicas que garanticen su materialización en la práctica. En este sentido, es necesario aclarar que dicha política pública no solo involucra al gobierno en cabeza de sus ramas del poder, sino que comprende la participación de

la sociedad en su conjunto (Velásquez, 2009). Esto con el objetivo de luchar contra las desigualdades y la percepción de injusticia que se evidencia en la sociedad, e impide en avanzar en la consolidación de una justicia en la que se distribuyan deberes y obligaciones de forma equitativa, en la totalidad de los miembros de la comunidad.

Dicho lo anterior, la implementación de políticas públicas permite que el Estado cumpla tanto con sus fines y propósitos, como con la efectividad de los derechos consagrados en la Carta política, ejemplo de ello, es el derecho al acceso a la administración de justicia y las políticas que en Colombia se han implementado en busca de su efectividad.

Partiendo de la premisa del amplio territorio que abarca nuestro país, la administración de justicia se ha descentralizado⁷ y desconcentrado⁸, con el objetivo principal de llevar este derecho fundamental a todas las zonas del país. Tal como se puede apreciar, estos dos modelos son totalmente complementarios e importantes en la garantía de este derecho, toda vez que el primero de ellos le permite al Estado colombiano aproximar a la población hacia un modelo de justicia formal en cabeza de la rama judicial, y el otro, tal como lo define la Ley 1477 le facilita a los

7 Permitiendo ("que existan varias jurisdicciones y un complejo esquema de distribución de competencias entre funcionarios con base en criterios materiales o territoriales". (Velásquez, 2009, p. 62).

8 Por medio de proyectos como el "Programa Nacional de Casas de Justicia y el Programa de Desconcentración Judicial". (Velásquez, 2009, p. 65).

ciudadanos, “centros multiagenciales de información, orientación, referencia y prestación de servicios de resolución de conflictos, donde se aplican y ejecutan mecanismos de justicia formal y no formal” (Velásquez, 2009, p. 65).

Con ello, es plausible generar esquemas pedagógicos acerca de las posibles soluciones que contiene la ley, su aplicación a las problemáticas particulares de cada usuario y los deberes y obligaciones de cada uno de los ciudadanos. Aspectos que se han atendido por el interés del Estado de solucionar esa ineficiencia en la justicia, partiendo del diálogo social surgido con los habitantes del territorio (Velásquez, 2009).

Si bien es cierto, es importante crear y adaptar modelos que se adecúen a las necesidades persistentes en la sociedad, es aún más significativo solidificar las instituciones que administran justicia y que se han tratado en el presente acápite. Aspecto que puede ser complejo, al representar un gran esfuerzo para el Estado, al llevar a la justicia a todo el territorio nacional, puesto que demanda la creación de procedimientos expeditos que resuelvan conflictos de manera efectiva o también, innovar constantemente frente al uso de tecnologías que aceleren los trámites, ejemplo de ello puede ser el empleo de metodologías aplicadas (Velásquez, R. 2009).

En Colombia, aunque de forma lenta han mejorado la eficiencia, la accesibilidad y la transparencia en los procesos judiciales que se adelantan en nuestro sistema de justicia, y a su vez aportan en la construcción de una justicia más rápida, en capacitar a sus

funcionarios en aspectos propios de su profesión, en la promoción de derechos fundamentales, en la buena prestación del servicio, en la resolución y prevención de conflictos y la formación en asuntos jurídicos en favor de los usuarios, además de dar buena publicidad de los logros que se alcancen en las políticas públicas que se implementen en pro de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia (Velásquez, 2009).

Estos aspectos a los que se hizo referencia son trascendentales en la garantía de este derecho y permiten que la población tenga herramientas a la hora de resolver las problemáticas que se presentan en las comunidades; generando incluso, un desarrollo social con plena garantías y derechos (Velásquez, R. 2009).

CONCLUSIONES

La expedición de las diversas normas que regulan el acceso a la administración de justicia ha dado la posibilidad que este derecho que como bien se indicó, se proteja como un derecho fundamental por conexidad, debido a su inescindible relación con derechos como el debido proceso, la vida, la igualdad, y el libre desarrollo de la personalidad, sea una realidad para la población colombiana. Aspectos constitucionales, que a su vez, han sido trasladados a un amplio desarrollo en materia legislativa y jurisprudencial, tal como se indicó en el apartado en el que se hizo referencia a las leyes que protegen el acceso a la administración de justicia, permitiendo un avance en la integración de la tecnología en la justicia, la creación de los MASC,



como métodos alternos de solución de conflictos, solo por mencionar algunos de los avances que se han incorporado al sistema de justicia.

Dicho lo anterior, queda claro que su protección legal ha sido importante, pero su efectividad no se ha materializado por cuanto la aplicación del mismo es inexistente en algunos territorios y sectores de la sociedad que históricamente han visto cómo sus derechos y libertades no han sido respetadas de la manera más adecuada; esto debido a circunstancias geográficas, sociales, económicas y culturales que no han sido fáciles de superar por la poca cohesión que se ha logrado articular entre la población y el Estado.

Conexión que se hace necesaria para implementar políticas públicas, que permitan el acercamiento del derecho materia de investigación a las zonas que aún observan cómo se les es negada la posibilidad

de acceder a los procedimientos legales de justicia formal e informal, creados con el propósito de resolver los conflictos que se presentan al interior de las comunidades y que permiten desarrollar el modelo de justicia referenciado por John Rawls y Aristóteles, que desde la teoría pretenden otorgar derechos y deberes fundamentales de manera equitativa a los integrantes de un grupo social, resultado que solo es posible de alcanzar si se logra la cohesión social descrita en el desarrollo del presente artículo y que como ya se ha referenciado no ha sido suficiente.

Además, estas Políticas Públicas deben ser implementadas a través de programas que entiendan las necesidades de las comunidades y que incluso tengan como objetivo lograr un desarrollo tanto del acceso a la administración de la justicia como el de todos los derechos y deberes fundamentales que constitucional y legalmente le pertenecen a la sociedad.

123

REFERENCIAS

- Barón, M. (2010). Las acciones populares y de grupo en el derecho comparado. *Civilizar*, 10 (19), 23-42. doi:<http://dx.doi.org/10.22518/16578953.44>
- Bernal, J. (2005). La idea de justicia. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM / Título Postgrado*, 1(1), 155-179. Obtenido de: [file:///C:/Users/diego/Downloads/17098-15335-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/diego/Downloads/17098-15335-1-PB%20(1).pdf)
- Cabana, M. (s.f.). *De los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia: Acerca de su alcance y desarrollo para su implementación en los municipios de Post - Conflicto (Trabajo de grado) Universidad Católica de Colombia Repositorio Universidad Católica*.
- Camacho, L. (2013). Acceso a la justicia en Colombia. Condiciones de posibilidad y criterios de gestión / Tesis de maestría. *Universidad Nacional de Colombia Repositorio Institucional UNAL*, 1-130. Obtenido de: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/51775/1032422730.2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castillo C., B. M. (2018). Acceso a la Justicia Alternativa: Un Reto Complejo. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 163-175. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/journal/279/27957770012/27957770012.pdf>
- Chuquen, L. D. (2022). Cómo incide la implementación de las TIC en el acceso a la justicia en línea, a partir de la entrada en vigencia del decreto 806 del 2020. *Universidad La Gran Colombia*, 22.
- Cortez, I. (2015). El acceso a la justicia a la luz del Estado social de derecho en Colombia. *Revista Científica José María Cordova*, 13((16)),

101. Obtenido de: El acceso a la justicia a la luz del Estado social de derecho en Colombia.

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE), Decreto Ley 2591 (por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política 1991).

Derecho al debido proceso, Sentencia C-542 (Corte Constitucional 14 de noviembre de 2019).

Fassó, G. (2021). Historia de la filosofía del Derecho 1 antigüedad y edad media. *Ediciones Pirámide, S.A. - Madrid, 1*, 1-249. Obtenido de: <https://ia600701.us.archive.org/34/items/HistoriaDeLaFilosofiaDelDerecho1AntiguedadYEdadMediaGuidoFasso/Historia%20de%20la%20Filosofia%20del%20Derecho%201%20-%20Antiguedad%20y%20edad%20media%20-%20Guido%20Fasso.pdf>

Londoño, B. P. (2020). Balance de las acciones populares en Colombia: ¿camino a su desnaturalización? *Scielo Books, Universidad del Rosario Editorial*, 121-151. Obtenido de: <https://books.scielo.org/id/dtz2z/pdf/torres-9789587843897-08.pdf>

Martínez, M. T. (2001). Las acciones populares en Colombia. *Martínez, M., Trujillo, S. Pontificia Universidad Javeriana.*, 12-36. Obtenido de: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/56448/Tesis26.pdf?sequence=1>

Mendieta, D. (2010). La acción pública de inconstitucionalidad: A propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia / Tesis. *Universidad Complutense de Madrid.*

Peláez, H. (2014). Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desventajados de especial protección en Colombia y

la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia. *Estudios Socio-Jurídicos*. DOI, 17((1)), 125-168. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73333009004>

Pizano, J. (2021). Decreto 806 de 2020, el uso de la tecnología en los procesos judiciales en Colombia / Monografía. *Universidad EAFIT (Repositorio Institucional EAFIT)*, 11-39.

Ramírez, C. (2011). Modelo interactivo funcional del sistema de televisión. *Revista Prolegómenos- Derechos y valores*, 14, 61-77. Obtenido de: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2379/2076>

Rawls, J. (1979). *Teoría de la Justicia (Traducido M., González) A Theory of Justice*. Obtenido de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/12/doctrina48358.pdf>

República, C. d. (1991). Constitución Política de Colombia.

Sánchez, J. O. (2020). El derecho de acceso a la administración de justicia: una perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. 22(2), 203-226.

Senior, S. (2020). *Propuestas de cambio a la acción pública de inconstitucionalidad en el Congreso colombiano: ¿restricción del ejercicio de un derecho político?* Scielo Books Universidad del Rosario Editorial.

Torres M, I. P. (2020). Obstáculos para el ejercicio de las acciones de grupo: una alternativa desde el arbitraje social. *Scielo Books*, 152-187.

Torres, Y. (2014). La acción de tutela en Colombia: un estudio sobre sus transformaciones jurídicas. 4. Universidad Católica de Colombia, Repositorio Universidad Católica de Colombia.

Vásquez M, B. L. (2006). Las acciones de grupo. Una visión a través de los procesos colectivos. *Revista de derecho Universidad del Norte*, 26, 298-301. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102610.pdf>

Velásquez, R. (2009). Hacia una nueva definición del concepto política pública. *Desafíos*, 20, 149-187.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional Sala Plena de la República de Colombia (2013, 19 de junio). Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso tercero del numeral 7° del artículo 206 del Estatuto Tributario José Ignacio Pretelt Chaljub. C-352. Exp. D-9318.

Corte Constitucional Sala Segunda de Revisión de la República de Colombia (1992, 13 de agosto). Derechos fundamentales. Acción de Tutela. 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. T-491 Exp. T-2193.

Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones, Ley 472 (Congreso de Colombia 1998).



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Los manuscritos que se sometan al proceso editorial, deberán ser remitidos por el Sistema de administración y publicación de revistas OJS de la Revista Justicia, Sociedad y Derecho, atendiendo a las recomendaciones señaladas. El manuscrito deberá enviarse en formato Microsoft Word®, adjuntando además, de manera obligatoria, *formato de declaración de originalidad, garantías y cesión de derechos patrimoniales*, firmado por todos los autores en constancia de que conocen y están de acuerdo con su contenido y que no ha sido publicado anteriormente en formato impreso o electrónico, que no se presentarán a ningún otro medio antes de conocer la decisión de la Revista y que de ser aceptado para su publicación los autores transfieren los derechos de copia en todas las formas y medios conocidos, a la Universidad de Boyacá. De igual manera, deberán adjuntar *formato de presentación y normalización de autores a la Revista*. Estos documentos deberán ser escaneados y adjuntados en formato PDF. El envío de estos documentos es necesario para dar inicio y continuidad al *proceso editorial de la Revista*.

Finalizado el proceso editorial, el artículo será cargado de forma provisional en el sistema OJS de la revista. En el caso de ser autores colombianos es indispensable que el artículo se encuentre registrado en el CvLAC.

En caso de no ser publicado el artículo, la Universidad de Boyacá accede a retornar los derechos enunciados a sus autores. Los conceptos de los trabajos son de total responsabilidad de los autores, ni la Revista Justicia, Sociedad y Derecho, ni la Universidad de Boyacá se responsabilizan

por tales conceptos emitidos. Cuando se utilizan tablas o figuras que no sean originales, los autores tienen la responsabilidad de obtener los permisos necesarios para reproducir cualquier material protegido por derechos de reproducción y adjuntar una carta original que otorgue ese permiso e incluir en el texto del manuscrito la fuente de donde se toma. El manuscrito a someter deberá ser enviado mediante el OJS disponible en:

<https://revistasdigitales.uniboyaca.edu.co/index.php/Justicia/about/submissions>

Si usted no dispone de una cuenta en la revista puede registrarse gratuitamente haciendo clic en: <https://revistasdigitales.uniboyaca.edu.co/index.php/Justicia/user/register>



PAUTAS DE ESTILO

La revista *Justicia, Sociedad y Derecho* acepta para su publicación, artículos originales e inéditos, en español e inglés. A partir de 2022, la Revista JS&D, recibe contribuciones en portugués, todo esto atendiendo a los lineamientos de MINCIENCIAS para las publicaciones científicas indexadas:

a) Artículo de investigación: documento que presenta los resultados originales de proyectos culminados de investigación, de manera detallada, con una extensión máxima de 20 páginas.

b) Artículo de revisión: documento producto de una investigación finalizada, en el que se analizan, sistematizan e incorporan resultados de otras investigaciones, publicadas o no, sobre una de las áreas de las ciencias jurídicas y políticas, con el fin de presentar los avances y tendencias de desarrollo, con una revisión bibliográfica de al menos 50 referencias y una extensión máxima de 20 páginas.

c) Artículo de revisión de tema: documento pormenorizado, selectivo y crítico que integra la información esencial en una perspectiva unitaria y de conjunto. Es un tipo de artículo que sin ser original recopila la información más relevante de un tema específico.

La selección y publicación de los artículos dependerá de la calidad, el rigor y el respeto por las normas implícitas a todos los trabajos académi-

cos, no dependerá de la concepción teórica, la metodología o el punto de vista que se exprese en el texto.

El nombre de los autores/as o las referencias sobre estos deben eliminarse del manuscrito enviado. Los datos deben enviarse en un documento separado, incluyendo la siguiente información:

1. Nombre completo de los autores/as.
2. Número de identificación.
3. Perfil académico e investigativo: títulos académicos, país de origen de la institución, últimas publicaciones, grupo de investigación al que pertenece.
4. Filiación Institucional y cargo.
5. Correo electrónico.
6. Perfil de Google Scholar.
7. Origen y financiación del artículo.
8. Conflicto de intereses: manifestar si presenta o no conflicto de interés sobre el artículo sometido.
9. Manifestar claramente si están de acuerdo con la política editorial de la publicación
10. Aclarar que el artículo no está en proceso de evaluación en otra revista u órgano editorial.

CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos deben presentarse a espacio de 1.5 puntos, en fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, márgenes de 2.5 cm, incorporando los siguientes aspectos:

La primera página del documento deberá contener: Título del artículo, el cual no debe exceder de 12 palabras, se recomienda evitar el uso de siglas, símbolos y abreviaturas. Debe adjuntarse un resumen que incluya problema, pregunta, objetivos de investigación, metodología empleada, aportes, y principales resultados. La extensión será de máximo 200

palabras. El resumen debe ir acompañado de máximo seis (6) palabras claves o selecciones léxicas que semánticamente recojan los temas o asuntos relevantes del artículo y de preferencia obtenidas del tesoro de la Unesco (<http://databases.unesco.org/thessp/>). Tanto el resumen como las palabras clave deben ir en español e inglés.

De la segunda página en adelante debe aparecer la introducción, el cuerpo del trabajo en el que debe incluirse una presentación de la metodología que se empleó, los resultados y su discusión, las conclusiones y por último las referencias bibliográficas. Entre los párrafos debe dejarse una interlinea en blanco, así como entre las diferentes secciones del artículo; los títulos y subtítulos se registrarán con números arábigos, para la inclusión de términos en lenguas extranjeras se emplearán cursivas.

En cualquier caso, el documento no debe superar el límite máximo establecido de acuerdo con el tipo de artículo. Las notas de pie de página deben aparecer en números arábigos, las cuales se emplearán únicamente para aclarar, explicar o ampliar conceptos o datos que el autor considere que debe presentarse por fuera del texto.

Las citas directas e indirectas se ajustarán de acuerdo con las normas internacionales de referencias de la American Psychological Association (APA). Toda palabra o frase que se escriba en idioma diferente al español deberá hacerse en cursiva, excepto los nombres propios, este tipo de letra se empleará también para destacar o enfatizar una palabra o frase.

Las gráficas y cuadros deben aparecer referenciados y explicados en el texto, se requiere que se titulen y enumeren secuencialmente, acompañados de su correspondiente pie de página y fuente, se solicita que se incluyan después del párrafo en el que se anuncian, el autor debe entregar a la revista el permiso para la publicación de las figuras que cuenten con derechos reservados de autor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las referencias deben presentarse en orden alfabético de acuerdo con las normas APA, se presentan a doble espacio y cada entrada debe tener una sangría francesa. En caso de haber consultado más de un trabajo del mismo autor, éstas se ordenarán según la fecha de publicación iniciando por la más antigua; si las referencias incluyen obras de varios autores en las que el primer y segundo autor son los mismos pero el tercero es diferente, éstas se organizan alfabéticamente de acuerdo al nombre del tercer autor.

En los casos de referencias del mismo autor y misma fecha de publicación, se organizan en orden alfabético de acuerdo al título de la obra. Las referencias de autores con el mismo apellido se ordenan alfabéticamente según su primera inicial; en los casos de referencias sin autor o de autor corporativo, se ubican en el espacio que les corresponde de acuerdo a la organización alfabética, teniendo en cuenta la primera letra del nombre de la corporación el cual debe escribirse completo.

Cuando el documento referenciado tenga dos autores, se incluirá el coautor precedido de la conjunción "y", cuando sean más de dos autores, se incluirán todos separados por una coma (,) hasta llegar al último que será vinculado con la conjunción "y".

Si el autor del documento es corporativo se presentará el nombre completo, sin iniciales; los textos sin autor o sin editor se referenciarán poniendo "(s a)" o "(s e)" en el espacio en el que se presentaría el autor o editor.

En estos listados no se incluyen comunicaciones personales como correspondencia física o electrónica al no ser información localizable.

LA ESTRUCTURA DE ACUERDO A CADA TIPO DE FUENTE BIBLIOGRÁFICA ES:

a) Publicaciones periódicas:

Apellidos del autor, Iniciales del Nombre del Autor. (Año de publicación).
Título del artículo. *Título de la publicación o revista*, Volumen, Número,
Páginas.

b) Publicaciones no periódicas:

Apellidos del autor, Iniciales del Nombre del Autor. (Año de publicación).
Título del documento. Ciudad de Publicación: Institución Editorial.

c) Parte de una publicación no periódica:

Apellidos del autor, Iniciales del Nombre del Autor. (Año de publicación).
Título del capítulo. En Editor, *Título del documento* (páginas XX-XX).
Ciudad de publicación: Editorial.

d) Publicación electrónica periódica:

Apellidos del autor, Iniciales del autor. (Año de la publicación). Título del
artículo. *Título de la publicación periódica*, Volumen, Número, Páginas.
Recuperado día, mes y año, de la fuente <http://...>

e) Documento electrónico:

Apellidos del autor, Iniciales del Nombre del Autor. (Año de publicación).
Título del trabajo. Recuperado día, mes y año, de la fuente <http://...>

f) Documento en la red en el que no se puede identificar autor, ni fecha:

Título. (s.f.). Recuperado el día de mes de año, de URL.

g) Tesis no publicada:

Apellido del autor, Iniciales de los nombres del autor. (año de presentación). *Título.* Tesis de grado obtenido no publicada. Universidad, Ciudad, País.

Si la tesis se encuentra en versión electrónica se agrega la información de recuperación a continuación del país, así:

Apellido del autor, Iniciales de los nombres del autor. (año de presentación). *Título.* Tesis de grado obtenido no publicada. Universidad, Ciudad, País. Recuperado el día del mes del año, de URL.

h) Constitución Política, códigos y estatutos:

Nombre del documento. Aparte del documento referenciado.

Ejemplo:

Constitución Política de Colombia de 1991. Título VII, Capítulo 2, Artículo 200, Numeral 3.

i) Leyes nacionales:

Entidad emisora. (Fecha de emisión). Nombre del documento, clase, número, año. Diario oficial.

Ejemplo:

Comisión Nacional de Televisión. (2009, 1 de octubre). Acuerdo 5 de 2009. Por el cual se modifica el artículo 14 del acuerdo 10 de 2006. En: Diario Oficial No. 47490 (2009, 2 de octubre).

j) Jurisprudencia nacional:

Entidad. (Fecha de emisión). Nombre, clase, número, año del documento. Ponente. Número de radicación.

Ejemplo:

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Penal. (2009, 19 de agosto). Concepto 30451 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Radicación No. 30451.

k) Laudos arbitrales:

Entidad. (Fecha de emisión). Laudo en derecho. Árbitros. Demandante y Demandado.

Ejemplo:

Cámara de Comercio de Bogotá. (2010, 12 de febrero). Laudo en Derecho. Árbitros: Jorge Cubides, Susana Montes y Juan Pablo Cárdenas. Demandante: Mansarovar Energy Colombia Ltda. Demandado: Ecopetrol S.A.

l) Declaraciones, convenios, convenciones internacionales y otras resoluciones emanadas por organismos internacionales:

Organismo Internacional. (Fecha del documento). Nombre del documento, con indicación de número y año cuando sea parte de su identificación. Número de la resolución.

m) Acuerdos y tratados bilaterales:

Nombre y temática del acuerdo, países que lo suscriben. (Fecha de suscripción).

n) Fallos de organismos internacionales:

Entidad emisora. Nombre del caso. Partes del caso. Nombre del documento, tipo de decisión, fecha (cuestión sobre la que decide). Serie y número cuando sea parte de la identificación del fallo.

ñ) Opiniones consultivas de organismos internacionales:

Entidad emisora. Nombre del caso. Opinión consultiva y fecha. Serie y número cuando sea parte de la identificación del concepto.

CITAS

De acuerdo con las normas APA, para la presentación de las citas de referencia es necesario escribir dentro del texto el apellido del autor y el año de publicación, de manera que el autor entienda que la idea o la información que se está presentando ha sido extraída de otra fuente, la función de las citas es permitirle al lector la ubicación de las fuentes de información para que pueden ser verificadas.



INSTRUCTIONS TO THE AUTHORS

Manuscripts submitted to the editorial process must be submitted by the OJS Journal Administration and Publication System of the Justice, Society and Law Magazine, following the recommendations indicated. The manuscript must be sent in Microsoft Word® format, also attaching, in addition, a mandatory declaration of originality, guarantees and transfer of economic rights, signed by all the authors, certifying that they know and agree with its content and that they do not has been previously published in printed or electronic format, that they will not be submitted to any other media before knowing the decision of the Journal and that if accepted for publication, the authors transfer the copy rights in all known forms and media, to the University of Boyaca. In the same way, they must attach the presentation format and standardization of authors to the Journal. These documents must be scanned and attached in PDF format. The sending of these documents is necessary to start and continue the editorial process of the Magazine.

Once the editorial process is complete, the article will be provisionally uploaded to the journal's OJS system. In the case of being Colombian authors, it is essential that the article is registered in CvLAC.

If the article is not published, the University of Boyacá agrees to return the stated rights to their authors. The concepts of the works are the total responsibility of the authors, neither the Justicia, Sociedad y Derecho Magazine, nor the University of Boyacá are responsible for such concepts issued. When non-original tables or figures are used, it is the responsibility

of the authors to obtain permission to reproduce any material protected by copyright and to attach an original letter granting that permission and to include the source in the text of the manuscript. Is taken.

The manuscript to be submitted must be sent through the OJS available at:
<https://revistasdigitales.uniboyaca.edu.co/index.php/Justicia/about/submissions>

If you do not have an account in the magazine you can register for free by clicking on:

<https://revistasdigitales.uniboyaca.edu.co/index.php/Justicia/user/register>



STYLE GUIDELINES

Justicia, Sociedad y Derecho magazine accepts for its publication, original and unpublished articles, in Spanish and English. As of 2022, the JS&D Journal receives contributions in Portuguese, all of this following the MINCIENCIAS guidelines for indexed scientific publications:

a) Research article: document that presents the original results of completed research projects, in detail, with a maximum length of 20 pages.

b) Review article: document resulting from a completed investigation, in which the results of other investigations, published or not, on one of the areas of legal and political sciences are analyzed, systematized and incorporated, in order to present the advances and development trends, with a bibliographic review of at least 50 references and a maximum length of 20 pages.

c) Topic review article: detailed, selective and critical document that integrates the essential information in a unitary and overall perspective. It is a type of article that without being original collects the most relevant information on a specific topic.

The selection and publication of the articles will depend on the quality, rigor and respect for the implicit norms of all academic works, it will not depend on the theoretical conception, the methodology or the point of view expressed in the text.

The names of the authors or the references to them must be removed from the submitted manuscript. The data must be sent in a separate document, including the following information:

1. Full name of the authors.
2. Identification number.
3. Academic and research profile: academic titles, country of origin of the institution, latest publications, research group to which it belongs.
4. Institutional affiliation and position.
5. Email.
6. Google Scholar profile.
7. Origin and financing of the article.
8. Conflict of interest: state whether or not you have a conflict of interest about the submitted article.
9. Clearly state if they agree with the editorial policy of the publication
10. Clarify that the article is not in the evaluation process in another journal or editorial body.

CONTENT OF THE ARTICLES

Articles must be presented with 1.5 point spacing, in Times New Roman font, size 12 points, margins of 2.5 cm, incorporating the following aspects:

The first page of the document must contain: Title of the article, which must not exceed 12 words, it is recommended to avoid the use of acronyms, symbols and abbreviations. A summary must be attached that includes the problem, question, research objectives, methodology used, contributions, and main results. The length will be a maximum of 200 words. The abstract must be accompanied by a maximum of six (6) keywords or lexical selections that semantically reflect the relevant themes or issues of the article and preferably obtained from the Unesco thesaurus (<http://databases.unesco.org/thessp/>). Both the abstract and the keywords must be in Spanish and English.

From the second page onwards, the introduction should appear, the body of the work, which should include a presentation of the methodology that was used, the results and their discussion, the conclusions and finally the bibliographical references. There must be a blank space between the paragraphs, as well as between the different sections of the article; the titles and subtitles will be recorded with Arabic numerals, for the inclusion of terms in foreign languages italics will be used.

In any case, the document must not exceed the maximum limit established according to the type of article. Footnotes must appear in Arabic numerals, which will only be used to clarify, explain or expand concepts or data that the author considers should be presented outside the text.

Direct and indirect citations will be adjusted according to the international reference standards of the American Psychological Association (APA). Any word or phrase that is written in a language other than Spanish must be in italics, except proper nouns, this font will also be used to highlight or emphasize a word or phrase.

The graphs and tables must appear referenced and explained in the text, it is required that they be titled and numbered sequentially, accompanied by their corresponding footer and source, it is requested that they be included after the paragraph in which they are announced, the author must deliver to the magazine the permission for the publication of the figures that have reserved copyright.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

References should be listed in alphabetical order according to APA standards, are double-spaced, and each entry should be hanging indented. If you have consulted more than one work by the same author, they will be ordered according to the date of publication, starting with the oldest; If the references include works by multiple authors in which the first and

second authors are the same but the third is different, they are arranged alphabetically according to the name of the third author.

In the cases of references by the same author and the same publication date, they are organized in alphabetical order according to the title of the work. References to authors with the same last name are arranged alphabetically by first initial; In the case of references without an author or corporate author, they are located in the space that corresponds to them according to the alphabetical organization, taking into account the first letter of the name of the corporation, which must be written in full.

When the referenced document has two authors, the co-author preceded by the conjunction "and" will be included; when there are more than two authors, they will all be included separated by a comma (,) until reaching the last one that will be linked with the conjunction "and" .

If the author of the document is corporate, the full name will be presented, without initials; texts without an author or without an editor will be referenced by putting "(s a)" or "(s e)" in the space in which the author or editor would appear.

These lists do not include personal communications such as physical or electronic correspondence as they are not traceable information.

THE STRUCTURE ACCORDING TO EACH TYPE OF BIBLIOGRAPHIC SOURCE IS:

a) Periodical publications:

Last name of the author, Initials of the Author's Name. (Year of publication).
Article title. *Title of the publication or magazine*, Volume, Number, Pages.

b) Non-periodical publications:

Last name of the author, Initials of the Author's Name. (Year of publication).
Document title. City of Publication: Publishing Institution.

c) Part of a non-periodical publication:

Last name of the author, Initials of the Author's Name. (Year of publication).
Chapter title. In Editor, *Document Title* (pages XX-XX). City of publication:
Editorial.

d) Periodical electronic publication:

Author's last name, Author's initials. (Year of publication). Article title. *Title of the periodical publication*, Volume, Number, Pages. Recovered day, month and year, from the source [http:...](http://...)

e) Electronic document:

Last name of the author, Initials of the Author's Name. (Year of publication). Work title. Recovered day, month and year, from the source [http:...](http://...)

f) Document on the web in which neither the author nor the date can be identified:

Qualification. (s.f.). Retrieved the day of the month of the year, from URL.

g) Unpublished thesis:

Last name of the author, Initials of the names of the author. (year of presentation). Qualification. Unpublished degree thesis obtained. University, City, Country.

If the thesis is in an electronic version, the recovery information is added after the country, as follows:

Last name of the author, Initials of the names of the author. (year of presentation).

Qualification. Unpublished degree thesis obtained. University, City, Country. Retrieved the day of the month of the year, from URL.

h) Political Constitution, codes and statutes:

Document name. Apart from the referenced document.

Example:

Political Constitution of Colombia of 1991. Title VII, Chapter 2, Article 200, Numeral 3.

i) National laws:

Issuing entity. (Date of issue). Document name, class, number, year. Official diary.

Example:

National Television Commission. (2009, October 1). Agreement 5 of 2009. By which article 14 of agreement 10 of 2006 is modified. In: Official Gazette No. 47490 (2009, October 2).

j) National jurisprudence:

Entity. (Date of issue). Name, class, number, year of the document. Speaker. Filing number.

Example:

Supreme Court of Justice of the Republic of Colombia, Criminal Cassation Chamber. (2009, August 19). Concept 30451 of 2009. Speaker Judge: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Filing No. 30451.

k) Arbitration awards:

Entity. (Date of issue). Award in law. Referees. plaintiff and Defendant.

Example:

Chamber of Commerce of Bogota. (2010, February 12). Award in Law.

Referees: Jorge Cubides, Susana Montes and Juan Pablo Cárdenas.
Plaintiff: Mansarovar Energy Colombia Ltda. Defendant: Ecopetrol S.A.

l) Declarations, agreements, international conventions and other resolutions issued by international organizations:

International organization. (Date of the document). Name of the document, indicating the number and year when it is part of your identification. Resolution number.

m) Bilateral agreements and treaties:

Name and theme of the agreement, countries that sign it. (Date of subscription).

n) Rulings of international organizations:

Issuing entity. Case name. Parts of the case. Name of the document, type of decision, date (question on which it decides). Series and number when it is part of the failure identification.

ñ) Advisory opinions of international organizations:

Issuing entity. Case name. Advisory opinion and date. Series and number when it is part of the identification of the concept.

QUOTES

In accordance with APA standards, for the presentation of reference citations it is necessary to write within the text the author's last name and the year of publication, so that the author understands that the idea or information being presented has been extracted from another source, the function of the citations is to allow the reader the location of the sources of information so that they can be verified.



INSTRUÇÕES AOS AUTORES

Os manuscritos submetidos ao processo editorial deverão ser submetidos pelo Sistema de Administração e Publicação de Periódicos OJS da Revista Justiça, Sociedade e Direito, seguindo as recomendações indicadas. O manuscrito deverá ser enviado em formato Microsoft Word®, anexando também, adicionalmente, uma declaração obrigatória de originalidade, garantias e transferência de direitos patrimoniais, assinada por todos os autores, certificando que conhecem e concordam com seu conteúdo e que não o fazem. tenham sido previamente publicados em formato impresso ou eletrônico, que não serão submetidos a nenhum outro meio de comunicação antes de conhecer a decisão da Revista e que, se aceitos para publicação, os autores transferem os direitos de cópia em todas as formas e meios conhecidos, para a Universidade de Boyacá. Da mesma forma, deverão anexar o formato de apresentação e padronização de autores à Revista. Esses documentos deverão ser digitalizados e anexados em formato PDF. O envio destes documentos é necessário para iniciar e dar continuidade ao processo editorial da Revista.

Concluído o processo editorial, o artigo será carregado provisoriamente no sistema OJS da revista. No caso de serem autores colombianos, é imprescindível que o artigo esteja registrado na CvLAC.

Se o artigo não for publicado, a Universidade de Boyacá concorda em devolver os direitos declarados aos seus autores. Os conceitos das obras são de total responsabilidade dos autores, nem a Revista Justicia, Sociedad y Derecho, nem a Universidade de Boyacá são responsáveis por

tais conceitos emitidos. Cuando se utilizan tablas o figuras que no sean originales, los autores tienen la responsabilidad de obtener los permisos necesarios para reproducir cualquier material protegido por derechos de reproducción y adjuntar una carta original que otorgue ese permiso e incluir en el texto del manuscrito la fuente de donde toma.

O manuscrito a ser submetido deverá ser enviado através do OJS disponível em:

<https://revistasdigitales.uniboyaca.edu.co/index.php/Justicia/about/submissions>

Se você não possui conta na revista você pode se cadastrar gratuitamente clicando em:

<https://revistasdigitales.uniboyaca.edu.co/index.php/Justicia/user/register>



DIRETRIZES DE ESTILO

A revista Justicia, Sociedad y Derecho aceita para sua publicação artigos originais e inéditos, em espanhol e inglês. A partir de 2022 a Revista JS&D passa a receber contribuições em português, tudo isso seguindo as diretrizes do MINCIENCIAS para publicações científicas indexadas:

a) Artigo de pesquisa: documento que apresenta os resultados originais de projetos de pesquisa concluídos, de forma detalhada, com extensão máxima de 20 páginas.

b) Artigo de revisão: documento resultante de uma investigação concluída, no qual são analisados, sistematizados e incorporados os resultados de outras investigações, publicadas ou não, sobre uma das áreas das ciências jurídicas e políticas, de forma a apresentar os avanços e tendências de desenvolvimento, com revisão bibliográfica de no mínimo 50 referências e extensão máxima de 20 páginas.

c) Artigo de revisão temática: documento detalhado, seletivo e crítico que integra a informação essencial numa perspectiva unitária e global. É um tipo de artigo que sem ser original reúne as informações mais relevantes sobre um tema específico.

A seleção e publicação dos artigos dependerá da qualidade, do rigor e do respeito às normas implícitas de todos os trabalhos acadêmicos, não dependerá da concepção teórica, da metodologia ou do ponto de vista expresso no texto.

Os nomes dos autores ou as referências a eles devem ser retirados do manuscrito submetido. Os dados deverão ser enviados em documento separado, contendo as seguintes informações:

1. Nome completo dos autores.
2. Número de identificação.
3. Perfil acadêmico e de pesquisa: títulos acadêmicos, país de origem da instituição, últimas publicações, grupo de pesquisa ao qual pertence.
4. Afiliação e posição institucional.
5. E-mail.
6. Perfil do Google Acadêmico.
7. Origem e financiamento do artigo.
8. Conflito de interesses: informe se possui ou não conflito de interesses sobre o artigo submetido.
9. Indique claramente se concorda com a política editorial da publicação
10. Esclarecer que o artigo não está em processo de avaliação em outro periódico ou órgão editorial.

CONTEÚDO DOS ARTIGOS

Os artigos deverão ser apresentados com espaçamento de 1,5 ponto, em fonte Times New Roman, tamanho 12 pontos, margens de 2,5 cm, incorporando os seguintes aspectos:

A primeira página do documento deve conter: Título do artigo, que não deve ultrapassar 12 palavras, recomenda-se evitar o uso de siglas, símbolos e abreviaturas. Deve ser anexado um resumo que inclua o problema, a questão, os objetivos da pesquisa, a metodologia utilizada, as contribuições e os principais resultados. A extensão será de no máximo 200 palavras. O resumo deverá ser acompanhado de no máximo seis (6) palavras-chave ou seleções lexicais que reflitam semanticamente os temas ou questões relevantes do artigo e preferencialmente obtidas no tesauro da Unesco (<http://databases.unesco.org/thessp/>). Tanto o resumo quanto as palavras-chave deverão estar em espanhol e inglês.

A partir da segunda página deverá aparecer a introdução, o corpo do trabalho, que deverá incluir a apresentação da metodologia utilizada, os resultados e sua discussão, as conclusões e por último as referências bibliográficas. Deve haver espaço em branco entre os parágrafos, bem como entre as diferentes seções do artigo; os títulos e subtítulos serão gravados com algarismos arábicos, para inclusão de termos em línguas estrangeiras será utilizado itálico.

Em qualquer caso, o documento não deverá ultrapassar o limite máximo estabelecido em função do tipo de artigo. As notas de rodapé deverão aparecer em algarismos arábicos, os quais serão utilizados apenas para esclarecer, explicar ou ampliar conceitos ou dados que o autor considere que devam ser apresentados fora do texto.

As citações diretas e indiretas serão ajustadas de acordo com os padrões de referência internacionais da American Psychological Association (APA). Qualquer palavra ou frase escrita em um idioma diferente do espanhol deve ser em itálico, exceto nomes próprios, esta fonte também será usada para destacar ou enfatizar uma palavra ou frase.

Os gráficos e tabelas devem aparecer referenciados e explicados no texto, é necessário que sejam intitulados e numerados sequencialmente, acompanhados do rodapé e fonte correspondentes, solicita-se que sejam incluídos após o parágrafo em que são anunciados, o autor deverá entregar à revista a autorização para publicação das figuras que possuem direitos autorais reservados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

As referências devem ser listadas em ordem alfabética de acordo com os padrões da APA, em espaço duplo e cada entrada deve ser recuada. Caso você tenha consultado mais de uma obra do mesmo autor, elas serão ordenadas de acordo com a data de publicação, começando pela mais antiga; Se as referências incluírem obras de múltiplos autores em que o

primeiro e o segundo autores sejam iguais, mas o terceiro seja diferente, elas serão organizadas em ordem alfabética de acordo com o nome do terceiro autor.

Nos casos de referências do mesmo autor e mesma data de publicação, são organizadas em ordem alfabética de acordo com o título do trabalho. As referências a autores com o mesmo sobrenome são organizadas em ordem alfabética pela primeira inicial; No caso de referências sem autor ou autor corporativo, elas estão localizadas no espaço que lhes corresponde de acordo com a organização alfabética, levando em consideração a primeira letra do nome da empresa, que deve ser escrita por extenso.

Quando o documento referenciado tiver dois autores, será incluído o coautor precedido da conjunção "e"; quando houver mais de dois autores, serão incluídos todos separados por vírgula (,) até chegar ao último que será estar vinculado à conjunção "e" .

Caso o autor do documento seja pessoa jurídica, será apresentado o nome completo, sem iniciais; textos sem autor ou sem editor serão referenciados colocando "(s a)" ou "(s e)" no espaço em que apareceria o autor ou editor.

Estas listas não incluem comunicações pessoais, tais como correspondência física ou electrónica, uma vez que não são informações rastreáveis.

A ESTRUTURA DE ACORDO COM CADA TIPO DE FONTE BIBLIOGRÁFICA É:

a) Publicações periódicas:

Sobrenome do autor, Iniciais do nome do autor. (Ano de publicação).
Título do artigo. Título da publicação ou revista, Volume, Número, Páginas.

b) Publicações não periódicas:

Sobrenome do autor, Iniciais do nome do autor. (Ano de publicação).
Título do documento. Cidade de Publicação: Instituição Editora.

c) Parte de publicação não periódica:

Sobrenome do autor, Iniciais do nome do autor. (Ano de publicação).
Título do capítulo. No Editor, Título do Documento (páginas XX-XX).
Cidade de publicação: Editorial.

d) Publicação periódica eletrônica:

Sobrenome do autor, iniciais do autor. (Ano de publicação). Título do artigo.

Título da publicação periódica, Volume, Número, Páginas. Recuperado dia, mês e ano, da fonte [http:...](http://...)

e) Documento eletrônico:

Sobrenome do autor, Iniciais do nome do autor. (Ano de publicação).
Título do trabalho. Recuperado dia, mês e ano, da fonte [http:...](http://...)

f) Documento na web em que não seja possível identificar o autor nem a data:

Qualificação. (sf). Recuperado o dia do mês do ano, da URL.

g) Tese não publicada:

Sobrenome do autor, Iniciais dos nomes do autor. (ano de apresentação).
Qualificação. Tese de graduação não publicada obtida. Universidade, cidade, país.

Se a tese estiver em versão eletrônica, a informação de recuperação é adicionada após o país, da seguinte forma:

Sobrenome do autor, Iniciais dos nomes do autor. (ano de apresentação).
Qualificação. Tese de graduação não publicada obtida. Universidade,
cidade, país. Recuperado o dia do mês do ano, da URL.

h) Constituição Política, códigos e estatutos:

Nome do Documento. Além do documento referenciado.

Exemplo:

Constituição Política da Colômbia de 1991. Título VII, Capítulo 2, Artigo 200, Numeral 3.

i) Leis nacionais:

Entidade emissora. (Data de emissão). Nome do documento, classe,
número, ano. Diário Oficial.

Exemplo:

Comissão Nacional de Televisão. (2009, 1º de outubro). Convênio 5 de 2009. Pelo qual é modificado o artigo 14 do convênio 10 de 2006. In: Diário Oficial nº 47.490 (2009, 2 de outubro).

j) Jurisprudência nacional:

Entidade. (Data de emissão). Nome, turma, número, ano do documento.
Palestrante. Número de arquivamento.

Exemplo:

Suprema Corte de Justiça da República da Colômbia, Câmara de Cassação Penal. (2009, 19 de agosto). Conceito 30451 de 2009. Juiz Palestrante: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Arquivo nº 30451.

k) Sentenças arbitrais:

Entidade. (Data de emissão). Prêmio em direito. Árbitros. autor e Réu.

Exemplo:

Câmara de Comércio de Bogotá. (2010, 12 de fevereiro). Prêmio em Direito. Árbitros: Jorge Cubides, Susana Montes e Juan Pablo Cárdenas. Autor: Mansarovar Energy Colombia Ltda. Réu: Ecopetrol S.A.

l) Declarações, acordos, convenções internacionais e outras resoluções emitidas por organizações internacionais:

Organização Internacional. (Data do documento). Nome do documento, indicando o número e ano quando faz parte da sua identificação. Número da resolução.

m) Acordos e tratados bilaterais:

Nome e tema do acordo, países que o assinam. (Data da assinatura).

n) Normas de organizações internacionais:

Entidade emissora. Nome do caso. Partes do caso. Nome do documento, tipo de decisão, data (questão sobre a qual decide). Série e número quando fizer parte da identificação da falha.

ñ) Pareceres consultivos de organizações internacionais:

Entidade emissora. Nome do caso. Parecer consultivo e data. Série e número quando fizer parte da identificação do conceito.

CITAÇÕES

De acordo com as normas da APA, para a apresentação de citações de referência é necessário escrever dentro do texto o sobrenome do autor e o ano de publicação, para que o autor entenda que a ideia ou informação apresentada foi extraída de outra fonte, a função das citações é permitir ao leitor a localização das fontes de informação para que possam ser verificadas.

