



Informe Nacional de Colombia: Respuesta al cuestionario general

(National Report from Colombia: answer to the general questionnaire)

Ramiro Bejarano Guzmán, Fredy Toscano and Camilo Valenzuela

Tema I. Tradiciones nacionales

Pregunta No. 1. Tradiciones jurídicas “*common law*” – “*civil law*”

Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (*common law, civil law*), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio; oralidad; publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.)

La legislación procesal vigente de Colombia¹ data del año 1.970, año en que el ejecutivo, investido de facultades extraordinarias², promulgó el actual código de procedimiento civil, tras encargar su elaboración a una comisión de índole académica³. Dicho código ha preservado su

¹ El actual código de procedimiento civil colombiano, fue adoptado mediante los Decretos 1.400 del 6 de agosto de 1.974 y 2.019 de 1.970, los cuales entraron en vigencia el 1 de julio de 1.971.

² La ley 4 de 1.969 concedió estas facultades al poder ejecutivo.

³ Dentro de esta comisión redactora, se resaltan los nombres de los juristas Hernando Devis Echandía, Hernando Morales Molina, Cesar Julio Estrada, Carlos Ramírez, Ernesto Cediél Angel.



estructura general hasta nuestros días⁴, consistiendo esta en i) un título preliminar contentivo de los principios generales de procedimiento, ii) seguido de cinco libros destinados a tratar temas más específicos⁵.

De la redacción original del estatuto procesal, se destacan las facultades de dirección formal y material del proceso a cargo del juez⁶, su libre convencimiento en materia probatoria⁷ (dejando atrás el sistema de tarifa legal), la tendencia al sistema inquisitivo concretada en la necesidad de presentación de demanda de parte⁸ y la simplificación de los procedimientos especiales⁹.

El código procedimental, otrora concebido como un solo cuerpo normativo, luce hoy como la combinación de su texto original con adiciones y modificaciones legales introducidas a través de múltiples decretos y leyes, las cuáles se expondrán posteriormente¹⁰.

En líneas generales, el actual sistema procesal civil colombiano posee elementos que predominantemente corresponden al modelo teórico del *civil law*, lo que no ha obstado, para que, dentro de la dinámica de la “modelización” o “unificación” del proceso, hubiere adoptado figuras propias de la tradición anglosajona, sin que por ello pierda su identidad.

En el modelo del *civil law*, se “parte siempre de una norma preestablecida que se aplica a un caso determinado, mientras en el “common law”, se parte de un caso para buscar y encontrar la norma de aplicación¹¹”, lo que en otras palabras implica que en el *common law*, la fuente principal del Derecho es la jurisprudencia, mientras en el *Civil Law*, es la ley escrita (en sentido formal y material). Esta caracterización, tradicionalmente antagónica, redunda también

⁴ Cfr. BEJARANO GUZMAN, R, *Procesos Declarativos*, 4ª edición, Temis, Bogotá, 2.008, p.2.

⁵ El primero de ellos regula los sujetos procesales, el segundo los actos procesales, el tercero los procesos, el cuarto las medidas cautelares y el final, las cuestiones varias entre las que se destaca las sentencias y laudos proferidos en el extranjero y el régimen de comisiones de jueces extranjeros.

⁶ Art. 38 y 39 C.P.C.

⁷ Art. 175 C.P.C.

⁸ Art. 2 C.P.C.

⁹ Cfr. LÓPEZ BLANCO, H, *Procedimiento Civil*, Parte General, Tomo I, 9ª edición, Dupré, Bogotá, 2.004, p. 48- 49.

¹⁰ Se destacan los Decretos 2279/1.989; 2282/1.989; 2737/ 1.989; 2651/ 1.991; 890/ 2.003 y las Leyes 25/ 1.992; 258/ 1.996; 294/ 1.996; 388/ 1997; 446/ 1.998; 455/ 1.998; 640/ 2.001; 572/ 2.000; 721/ 2.001; 794/ 2.003; 820/ 2.003; 854/ 2.003; 861/ 2.003; 962/ 2.005; 979/ 2.005; 986/ 2.005; 1098/ 2.006 y 1194/ 2.008.

¹¹ SANTA- PINTER, J. *Elementos de introducción al “common Law” y “civil law”*, Depalma, Buenos Aires, 1.963, p. 85.



en una diversa construcción del proceso civil, de tal forma que mientras el proceso del *common law* “es llevado hacia la preparación de la producción de pruebas ante el tribunal, (en el “civil Law”) el procedimiento es conducido hacia la preparación de la sentencia del juez¹²”.

Las principales diferencias significativas entre los modelos mencionados, se han estructurado a partir de un proceso típicamente: i) oral-escrito¹³; ii) dispositivo-inquisitivo; iii) juez activo – juez pasivo, aun cuando en la actualidad, estas notas características van en franco retroceso¹⁴.

Son precisamente estos elementos los que permiten encuadrar el ordenamiento procesal colombiano dentro de la tradicional cultura jurídica del “civil law”, aun cuando vale precisar previamente la distinción conceptual entre: “principio y regla técnica de procedimiento” que caracterizan este sistema procesal; así, los principios “*son absolutos, es decir no admiten contrarios, son permanentes y por ende inmodificables mientras se les tenga como tales, siempre deben observarse, no admiten excepciones, constituyen en norte del respectivo sistema procesal y a su desarrollo perentoriamente debe tenderse.*”¹⁵; mientras las reglas técnicas de procedimiento, son, por contraposición, una serie de herramientas cuya aplicación dependerá de necesidades concretas (de orden económico o institucional, etc.), por lo que son relativas y cambiantes en el sistema procesal civil.

Las características mas relevantes del sistema procesal civil colombiano, se encuentran en el “Título Preliminar” del C.P.C, así como en el texto de las leyes que reforman la justicia¹⁶, los cuales pueden definirse como “principios” o “reglas técnicas de procedimiento”, según la conceptualización planteada doctrinalmente, y de cuyo contenido se destaca: i) La gratuidad¹⁷; ii)

¹² Ídem, p. 99.

¹³ Cfr. TARUFFO, M, *Sobre las fronteras*, Escritos sobre la justicia civil, (trad) Beatriz, Quintero, Temis, Bogotá, p. 61.

¹⁴ Así, “en varios ordenamientos del “civil law” hay importantísimos elementos de oralidad que se hallan, por ejemplo en las distintas formas de discusión oral, preliminar o conclusiva, de la causa, en la asunción oral de las pruebas en audiencia, y en el pronunciamiento oral de la decisión que se prevé en varios casos”. Ibídem, p.62.

¹⁵ LÓPEZ BLANCO, H. F, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, t. I, Parte General, 9ª edición, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 83.

¹⁶ En especial, en la Ley 1285/ 2.009.

¹⁷ Art. 1. C.P.C El servicio de la justicia civil que presta el Estado es gratuito, con excepción de las expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría. Las partes tendrán la carga de sufragar los gastos que se causen con ocasión de la actividad que realicen, sin perjuicio de lo que sobre costas se resuelva.



el sistema mixto de procedimiento, en el que tiene cabida el “dispositivo” e “inquisitivo”¹⁸, en virtud de la exigencia de la demanda de parte, salvo las excepciones contempladas; iii) La prevalencia del derecho sustancial¹⁹, lo que comporta la garantía del debido proceso, como inspirador de toda actuación jurisdiccional, lo que lleva además a la interpretación de todas sus normas de conformidad con la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscritos por el país en materia de garantías y derechos de esta naturaleza.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia²⁰ hace referencia explícita a los ‘Principios de la Administración de Justicia’, para referirse a la garantía de acceso a la justicia, al derecho a la defensa, a la celeridad, eventualidad, gratuidad, autonomía e independencia de la rama judicial, eficiencia, respeto de los derechos y alternatividad en los medios de resolución de conflictos, a lo que habría que adicionar el denominado “principio de oralidad”, establecido en la reciente ley de reforma a la administración de justicia²¹, respecto del cual pueden erigirse excepciones, aun cuando lo cierto es que la oralidad será un rasgo distintivo de los procedimientos colombianos en el futuro, que hoy en día no es operante.

Conviene precisar a continuación los rasgos distintivos del proceso colombiano, en cuanto a: i) su tendencia inquisitiva – dispositiva; ii) las instancias recursivas y iii) los poderes del juez.

Coexisten en el C.P.C., institutos que en veces responden al principio dispositivo y en otras al inquisitivo; así por ejemplo, la obligatoriedad de promover demanda de parte para

18 Art. 2. C.P.C. Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya.

¹⁹ Art. 4. C.P.C. Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

²⁰ “Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos “. ley 270 de 1996, reformada por la ley 1285/ 2.009, Art.1.

²¹ Ley 1285 de 2009. Art. 1.



iniciar el proceso, es propia de un sistema dispositivo, pero al existir dos (2) excepciones a esta regla, aparecen elementos del sistema inquisitivo. Dichas excepciones consisten en los procesos de: “Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad o de la administración de bienes del hijo y remoción del guardador²²” y el proceso de “interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta”²³.

Por su parte, el deber de **congruencia** de la decisión judicial²⁴, que conlleva a la proscripción de las sentencias “*ultra petita*” (por cantidad superior de lo pretendido) ni “*extra petita*” (por objeto distinto del pretendido), ni por causa distinta a la alegada en la demanda; coexiste con la obligación de reconocer aun de oficio toda excepción de mérito que resulte probada²⁵, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa.

Dicha figura se ve atemperada por vía jurisprudencial, en el tema de la corrección monetaria²⁶ de las prestaciones pecuniarias, aun cuando la tendencia no es unánime sino contradictoria y controversial: en efecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el juez puede reconocer oficiosamente la corrección de las prestaciones²⁷, mientras que, en otros casos, el mismo tribunal ha considerado que el juez incurre en inconsonancia de la sentencia (motivo de casación) al ordenar la actualización sin que medie solicitud de parte, toda vez que

²² Art. 446. C.P.C.

²³ Art. 659. C.P.C.

²⁴ Art 305. C.P.C. *La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.*

²⁵ Art. 306. C.P.C., *Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.(...)*

²⁶ La economía colombiana ha padecido duramente los embates de la inflación. Por ello, el pago nominal de una suma de dinero años después del nacimiento de la obligación no será pleno, debido a que tal suma se ha envilecido.

²⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 18 de mayo de 2005, M.P: Carlos Jaramillo Jaramillo; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de Diciembre de 2006, MP: Carlos Jaramillo Jaramillo.



“la justicia civil es rogada” y “es deber inexcusable del fallador resolver sobre lo pedido y no más de lo pedido ni por causa diferente”²⁸.

En el tema de las **instancias recursivas**, se resalta que en el recurso de apelación rige la regla dispositiva, restringiéndose la competencia del superior a los puntos expuestos por el apelante único²⁹; adicionalmente, la Constitución Política, al garantizar el derecho a la doble instancia³⁰, previó la libre configuración de los recursos por parte del legislador, quien puede establecer excepcionalmente procesos de única instancia “*con observancia de los derechos, valores y postulados axiológicos que consagra la Carta, particularmente con observancia del principio de igualdad, que no permite conferir un tratamiento desigual cuando no sea razonable o justo*”³¹; de esta manera, la norma que prevé la no apelabilidad del auto que libra el mandamiento de pago³², no resultó contraria a la Constitución por cuanto “*en materia de apelación de autos la Constitución no trae norma específica al respecto, ampliándose así la libertad de configuración del Legislador*”³³; Así, es diáfano que a pesar de la alta importancia que guarda, entre otras cosas, por su configuración constitucional, la doble instancia es una regla de procedimiento y no un principio.

De otra parte, en el sistema procesal colombiano, son amplios los **poderes del juez** en materia procesal civil, quien está obligado a impulsar los procesos hasta la sentencia³⁴, lo que no obsta para que existan casos donde el ordenamiento jurídico sanciona a las partes con la terminación del proceso, cuando éstas no realizan actos de impulso del proceso, a través de

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de marzo de 1986, MP: José Alejandro Bonivento.

²⁹ Art. 357.C.P.C. *La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

³⁰ Art. 31. C.N. “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley*”.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

³² Art. 505. C.P.C. Inc. 2. El mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente, lo será en el efecto suspensivo; y el que por vía de reposición lo revoque, en el diferido. (...)

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-903 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería

³⁴ Art. 2. C.P.C.



institutos como el desistimiento tácito³⁵ y la perención en los procesos ejecutivos³⁶, lo que es propio de un sistema dispositivo frente a ciertas etapas procesales.

Tratándose de la actividad probatoria, el juez tiene en el proceso civil una potestad de decreto y practica de medios probatorios de oficio³⁷, bajo la condición de que se trate de un mecanismo para la verificación de los hechos alegados por las partes y en el caso de los testimonios, siempre que los testigos aparezcan mencionados en otras pruebas o cualquier otro actos procesal de las partes, lo que a todas luces constituye un elemento propio del sistema inquisitivo, pero ante todo un medio para la búsqueda de la verdad. A lo anterior, habría que adicionar amplios poderes de dirección formal y material del proceso³⁸, entre los que vale subrayar el deber de: *“4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias”*.

En virtud de lo anterior, fuerza concluir que en el ordenamiento jurídico colombiano no es posible identificar una sola regla técnica dispositiva- inquisitiva, o una tendencia clara en materia de impulso procesal confiado por entero a las partes ni al juez, tampoco respecto de la iniciativa probatoria, lo que no obsta para concluir que la legislación procesal civil colombiana, posee una marcada tradición jurídica del *“Civil Law”*, cada vez más permeada por instituciones procesales foráneas que no alcanzan a modificar su estructura esencial.

Pregunta No. 2. Tradiciones jurídicas específicas

³⁵ Ley 1194/ 2.008.

³⁶ Art. 23 de la Ley 1285/ 2.009.

³⁷ Art. 179 y 180 del C.P.C.

³⁸ Art. 37 C.P.C. Son deberes del juez: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran. 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga. (...)



¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de las partes, de prueba, de vías de recursos, etc.

Adviértase que las tradiciones jurídicas que sigue un determinado país difícilmente pueden ser calificadas de “originales” o “exclusivas”, por cuanto en la mayoría de las ocasiones son producto de la adopción de figuras foráneas, no obstante lo cual, podrían encuadrarse como instituciones muy características del sistema procesal civil colombiano: i) la recurrencia a los medios alternativos de solución de controversias (predominantemente el arbitraje y la conciliación); ii) La instauración de jurisdicciones especiales para la resolución de determinados conflictos; iii) la amplia utilización de la Acción de tutela (recurso de amparo) en contra de providencias judiciales por violación de los derechos fundamentales; iv) La tendencia a la desformalización del recurso de casación civil, aspectos que serán analizados a continuación.

A lo anterior podría adicionarse lo dicho en materia de los amplios poderes del juez, las cargas, derechos y obligaciones de las partes en el impulso de los procesos y en el ámbito probatorio, fenómenos de los cuales ya se dio cuenta líneas atrás.

Existe en el ámbito procesal colombiano una tendencia a recurrir a los **medios alternativos de solución de controversias**, en especial al arbitraje y la conciliación, hecho que se vio reforzado por mandato constitucional, al autorizar a los particulares para que, en algunos casos, puedan cumplir con la función de administrar justicia³⁹ y en la ley estatutaria de la administración de justicia⁴⁰.

³⁹ “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (Inciso final del artículo 116 CN - Modificado. A.L. 3/2002, art. 1º.-)

⁴⁰ Ley Estatutaria 270 de 1996. Art 13.—Modificado. Ley Estatutaria 1285 de 2009, artículo. 6º. “Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

“3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán



La ley ha facultado a las partes para dictarse las reglas de procedimiento en el arbitraje nacional (redacción original del Art. 13 de la ley 270 de 1.996), sin embargo, la Sentencia C- 037 de 1.996, aclaró que dicha facultad sólo obra para llenar los vacíos del ordenamiento, es decir, que las partes únicamente pueden dictar sus propias normas de procedimiento en los aspectos no regulados. Posteriormente, la ley 1285/ 2.009, en su Art. 6 modificó el Art. 13 de la Ley 270 de 1.996, en el sentido de autorizar a las partes a disponer del procedimiento, siempre que “no sea parte el estado o alguna de sus Entidades”, lo cual pueden realizar directamente o por referencia al reglamento de un Centro de Arbitraje, respetando el debido proceso. Por su parte, la Corte Constitucional, mediante sentencia C 713/ 2.008, declaró exequible esta norma⁴¹, “bajo el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales”.

La “conciliación”, es definida en el Art. 1 del decreto 1818 de 1998 en los siguientes términos: “(es un) mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”; se trata entonces de un medio de solución de controversias, en el que el conciliador no toma la decisión del asunto, esto es, no administra justicia, sino que ofrece a las partes una intermediación a fin de que sean ellas mismas las que avengan sus diferencias, de ahí una de las principales diferencias con el “arbitraje⁴²”.

La morosidad que aqueja a la justicia, ha impulsado al legislador a buscar métodos que contribuyan a paliar este inconveniente, para lo cual se ha servido de la conciliación, incluso

acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso”.

⁴¹ Una de los mecanismos que utiliza la Corte Constitucional, como supremo interprete de la Constitución Política es la “modulación de sus sentencias”, dentro de ésta posibilidad, existe la “exequibilidad condicionada” de una norma, que significa que la norma no es expulsada del sistema normativo, pero en adelante ha de interpretarse en los términos de la sentencia constitucional.

⁴² “La Corte llama la atención para advertir que, a diferencia de los árbitros, los conciliadores no tienen la facultad para decidir una controversia, ni en derecho ni en equidad, pues en esta modalidad la solución del conflicto debe ser fruto de un acuerdo libre entre las partes. Ello significa que los Centros de Conciliación autorizados para brindar este tipo de servicio tampoco pueden adoptar medidas de esta índole; en caso de hacerlo no sólo desnaturalizarían este mecanismo sino que se harían merecedores de las sanciones a que hubiere lugar”. Sentencia C- 713/ 2.008.



convertida en requisito de procedibilidad para tramitar los asuntos regidos por el proceso abreviado y por el procedimiento ordinario⁴³, so pena de rechazo de la demanda.

Una nota característica del sistema judicial colombiano, que irradia al proceso civil es la **instauración de jurisdicciones especiales para la resolución de determinados conflictos** en la Constitución Política de 1991; al reconocer la “jurisdicción especial indígena” y unos “jueces de paz”.

El concepto de jurisdicción empleado en la Constitución colombiana no tiene nada que ver con el significado técnico atribuido por el derecho procesal, según el cual “*no existe una pluralidad de jurisdicciones*”, pues la función que tiene el Estado de resolver las controversias jurídicas será siempre una sola sin importar qué clase de conflicto se vaya a dirimir⁴⁴”.

Por ende, lo que la Carta constitucional denomina “jurisdicciones” son en realidad subdivisiones materiales o temáticas del derecho (tales como la jurisdicción ordinaria, de lo contencioso administrativo, la constitucional, la jurisdicción de paz y de las comunidades indígenas), destacándose dentro de la “jurisdicción ordinaria” las competencias especializadas en: i) civil; ii) penal; iii) Laboral; iv) agrario y v) de Familia. Esta falta de rigor procesal, en todo caso, no le resta mérito a esta regulación procesal, toda vez que el centro del tema está en el ejercicio desconcentrado de la función de administrar justicia y la búsqueda de la pervivencia de los pueblos indígenas, a quienes se reconoce el derecho a dictar sus propias normas y aplicarlas⁴⁵.

⁴³En los asuntos ordinarios el artículo 38 de la ley 640 de 2001, señala las reglas de este requisito: “Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios”. Es necesario señalar que la norma contiene una impropiedad, porque en Colombia ni la expropiación ni los procesos divisorios se tramitan por las vías del ordinario o el abreviado, por el contrario son procesos declarativos con disposiciones especiales.

⁴⁴ SANABRIA SANTOS, H, *Nulidades en el proceso civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.005, p. 123.

⁴⁵ Artículo 246 de la Constitución Política “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.



Adicionalmente, la Constitución política, autoriza al legislador para que cree **jueces de paz** que resuelvan conflictos en equidad⁴⁶, siendo deber de los jueces de paz resolver los conflictos comunitarios o particulares de acuerdo con la equidad, es decir, conforme a la justicia propia de la comunidad donde esta se presenta la situación problemática⁴⁷.

De otro lado, cabe resaltar la utilización de la “Acción de tutela” (similar al recurso de amparo) en contra de las providencias judiciales que vulneren derechos fundamentales⁴⁸, lo que a todas luces ha permitido la protección de los derechos, predominantemente el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, en el marco de los procesos judiciales, lo que sin embargo, está atado a especiales criterios de procedencia, toda vez que se trata de un mecanismo extraordinario⁴⁹, como son: i) la relevancia constitucional de los hechos denunciados; ii) la no existencia de otro medio de defensa eficaz e inmediato para precaver un perjuicio irremediable; iii) la relación de inmediatez de la solicitud de amparo y el hecho vulnerador; iv) la trascendencia de la irregularidad procesal y v) la identificación y alegación de los hechos vulneradores en la instancia judicial⁵⁰.

Finalmente, se pone de presente una importante tendencia hacia la informalización del **recurso extraordinario de casación**, como lo previó el Art. 51 del decreto 2651 de 1991⁵¹,

⁴⁶ Art. 247 C.N. “La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular”.

⁴⁷ Art. 9 de la Ley 497/ 1.999. Competencia. Los jueces de paz conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

⁴⁸ Artículo 86 de la Constitución Política: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. ...”

⁴⁹ Sentencia T-537 de 2009, Corte Constitucional, M.P.: Humberto Sierra Porto.

⁵⁰ Sentencia T-537 de 2009, M.P.: Humberto Sierra Porto

⁵¹ Art. 51 del Decreto 2651 de 1991. Sin perjuicio de lo dispuesto en los respectivos códigos de procedimiento acerca de los requisitos formales que deben reunir las demandas de casación, cuando mediante ellas se invoque la infracción de normas de derecho sustancial se observarán las siguientes reglas: “1. Será suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa. “2. Si un cargo contiene acusaciones que la Corte estima han debido formularse separadamente, deberá decidir sobre ellas como si se hubieran invocado en distintos cargos. “3. Si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá



convertido en legislación permanente por el artículo 162 de la ley 446 de 1998. Esta disposición desformalizó el recurso, dotando al juez de poderes interpretativos bastante amplios, con el fin de lograr una efectiva prevalencia del derecho sustancial.

La norma le ordenó a la Corte Suprema que debía resolver las demandas de casación que se le presenten, sin que pueda desechar las peticiones del recurrente cuando no señala todas las normas desconocidas por el fallo que se pretende romper. Además, si un cargo debió, a juicio del alto juez, plantearse de forma separada, o varios cargos debieron haberse postulado en uno solo, podrá decidirse sin inconvenientes, reformando *ex officio* la postulación del recurso⁵².

Otra variación importante que ha experimentado el recurso extraordinario, consiste en la selección de las demandas de casación que puede hacer la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el inciso segundo del artículo 7 de la ley 1285 de 2009, modificatorio de la ley estatutaria de la administración de justicia dispone que, “para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos,” pueden escoger “las sentencias objeto de su pronunciamiento”.

Esta facultad fue revisada constitucionalmente en la sentencia C-713 de 2008, donde se condicionó la constitucionalidad de la norma “*en el entendido de que la decisión de no selección adoptada al momento de decidir sobre la admisión del recurso de casación será motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley, y de que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto del recurso, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente el recurso de casación*”.

sobre el conjunto según corresponda.”4. No son admisibles cargos que por su contenido sean entre sí incompatibles. Si se presentan y adolecen de tal defecto, la Corte tomará en consideración los que, atendidos los fines propios del recurso de casación por violación de la ley, a su juicio guarden adecuada relación con la sentencia impugnada, con los fundamentos que le sirven de base, con la índole de la controversia específica mediante dicha providencia resuelta, con la posición procesal por el recurrente adoptada en instancia y, en general, con cualquiera otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante”.

⁵² La Corte Constitucional (sentencia C-596 de 2002) reiteró la importancia de esta modificación porque dispuso, por medio de la flexibilización de este extraordinario medio de impugnación la prevalencia del derecho sustancial, al impedirle a la Corte Suprema exigir del casacionista una proposición jurídica completa.



Pregunta No. 3 Reformas procesales

¿Se han adoptado en su país recientemente (en los últimos 15 años) reformas procesales estructurales? Si es así, ¿En qué dirección fueron esas reformas y cual ha sido su objetivo?

Las reformas procesales que ha experimentado el C.P.C, pueden concebirse como esfuerzos coyunturales⁵³ encaminados a solucionar la morosidad judicial, la pérdida de confianza en la justicia, entre otros. En primer lugar, refiérase la modificación introducida al código de procedimiento civil como resultado de la promulgación de la Ley 30 de del 9 de octubre de 1.987, norma que autorizó al órgano ejecutivo para presentar una reforma integral a la justicia, de la mano de una comisión de expertos, académicos y representantes de la judicatura⁵⁴, que plantearon *“crear, suprimir o fusionar juzgados, modificar el régimen actual de competencia, crear y organizar las jurisdicciones agraria y de familia, asignar a otras entidades procesos no contenciosos (...) implementar sistemas de solución de conflictos entre particulares y simplificar el trámite de las actuaciones judiciales⁵⁵”*; lo que conllevó a la modificación de más del cincuenta y cinco por ciento (55%) del texto original del código⁵⁶.

⁵³ Las principales modificaciones a la normatividad primigenia, están contenidas en los Decretos 2279/1.989; 2282/1.989; 2737/ 1.989; 2651/ 1.991; 890/ 2.003; así también en las Leyes 25/ 1.992; 258/ 1.996; 294/ 1.996; 388/ 1997; 446/ 1.998; 455/ 1.998; 640/ 2.001; 572/ 2.000; 721/ 2.001; 794/ 2.003; 820/ 2.003; 854/ 2.003; 861/ 2.003; 962/ 2.005; 979/ 2.005; 986/ 2.005; 1098/ 2.006 y 1194/ 2.008.

⁵⁴ Las normas tocantes al proceso civil, expedidas con base en la ley que se comenta, fueron el decreto 522/1.998 (por medio de la cual se reajustaron las cuantías en materia civil); el decreto 902/1.988 (mediante el cual se autorizó el trámite notarial de la sucesión de común acuerdo; el decreto 999/ 1.988 (mediante el cual se autoriza el cambio de nombre ante notario); el decreto 1127/ 1.988 (mediante el cual se creó el proceso de expropiación por parte del INCORA); el decreto 2458/ 1.988 (por medio del cual se autorizó la separación de cuerpos de matrimonio civil); el decreto 1900/ 1.989 (mediante el cual se autoriza el trámite del divorcio de mutuo acuerdo de matrimonio civil); el decreto 2272/ 1.989 (mediante el cual se creó la jurisdicción de familia); el decreto 2273/ 1.989 (por el cual se crearon los juzgados civiles especializados en asuntos mercantiles); el decreto el decreto 2279/ 1.989 (mediante el cual se creó el estatuto arbitral) hoy modificado por el decreto 2651/ 1.991 y la ley 23 de 1.991, así como por la ley 446/1.998; el decreto 2282/ 1.989; el decreto 2303/ 1.989 (por el cual se crea la jurisdicción agraria).

⁵⁵ LÓPEZ BLANCO, H. F, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, t. I, Parte General, 9ª edición, Dupré Editores, Bogotá, 2005, p. 51.

⁵⁶ Cfr. Ídem, p. 54.



Uno de los aspectos más relevantes del Decreto 2282/ 1.989, es la introducción de una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, que hoy tiene lugar en los procesos ordinarios y abreviados, con algunas excepciones⁵⁷, a lo que habría que incluir una audiencia de similares características para los procesos verbales de mayor y menor cuantía y para los procesos verbales sumarios, por mandato del Art. 432 y 4439 del C.P.C.⁵⁸.

Dicha audiencia fue incluida en el sistema procesal colombiano, como resultado del “anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, donde se recomendó “consagrar una audiencia preliminar en la cual se intente la conciliación entre las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdo (...) y se depure el proceso⁵⁹”.

Es también relevante la influencia que la Constitución política del año 1.991 suscitó en el sistema procesal civil, la cual puede sintetizarse en tres aspectos: (i) La constitucionalización de las garantías procesales, tales como el debido proceso⁶⁰, de cuya redacción habría que resaltar su aplicación “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, así como la nulidad “de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso”, y el acceso efectivo a la administración de justicia⁶¹; (ii) La constitucionalización del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales⁶² y (iii) La creación de la Corte Constitucional, como garante efectivo de los derechos fundamentales y de las normas constitucionales en forma

⁵⁷ No procede la mencionada audiencia en los procesos de declaración de pertenencia, de entrega del tradente al adquirente, si el demandado no se opone, o no propone excepciones previas, el de rendición provocada o espontánea de cuentas, pago por consignación, cuando el demandado no se opone a lo establecido en el Art. 420 No. 2 del C.P.C., en el proceso de declaración de bienes vacantes y mostrencos, de restitución de inmuebles arrendados. Cfr. PARRA QUIJANO, J, *ponencia presentada en el Congreso de Derecho Procesal*, noviembre 1.990, citado en BEJARANO GUZMÁN, R, *Los procesos declarativos*, 4ª edición, Temis, 2.008, p. 27.

⁵⁸ Cfr. BEJARANO GUZMÁN, R, *Los procesos declarativos*, Op.cit, p. 28.

⁵⁹ Instituto Iberoamericano de derecho procesal, *El código procesal civil modelo para Iberoamérica*, texto del anteproyecto presentado por Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Vescovi y Luis Torello Montevideo, 1.988, p. 32- 53, citado por LÓPEZ BLANCO, H, *Procedimiento Civil*, op. cit, p. 569.

⁶⁰ Art. 29 C.N.

⁶¹ Art. 229 C.N.

⁶² La constitución política de 1.991 establece en su Art 228 C.N. “la administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...”, principio que desde el año 1.970 se establecía en el Art 4 del C.P.C., en los siguientes términos: “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...”



objetiva. A lo anterior, fuerza adicionar que la Constitución política estableció *“un poderoso trípode de protección de derechos al servicio del ciudadano, consistente en la consagración de tres acciones vigorosas y trascendentales que cambiaron para siempre su suerte y su precario destino de antaño: la acción de tutela (recurso de amparo), las acciones populares y de grupo y la acción de cumplimiento⁶³”*.

Respecto de estas tres acciones, resulta palmaria la relevancia e innovación en el ámbito colombiano de la primera acción (de tutela) en defensa de los derechos fundamentales, como mecanismo breve, preferente y sumario⁶⁴, en tanto *“a través de las acciones populares, el ciudadano también averiguó que tenía a su alcance un instrumento procesal para defenderse buscando la protección de los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano, a la moralidad administrativa, a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo racional de los recursos naturales, el goce del espacio público, la defensa del patrimonio público, la defensa del patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios públicos que garantice la seguridad pública, la libre competencia económica, la prohibición de fabricación de armas químicas, biológicas o nucleares, los derechos de los consumidores y los usuarios, etcétera⁶⁵”*.

Dada su importancia para el tema de la justicia, debe examinarse el papel de la Ley estatutaria de administración de justicia (Ley 270 de 1.996⁶⁶), la cual consagra en sus artículos 1º al 9º una serie de principios orientadores de la jurisdicción, tales como el de acceso a la justicia (elevado al rango de derecho fundamental), el derecho de defensa, la celeridad, la autonomía e independencia de la rama judicial, la gratuidad, eficiencia, alternatividad (en el sentido de posibilitar mecanismos diferentes al proceso judicial para la solución de los conflictos) y el respeto de los funcionarios judiciales por los derechos de quienes intervienen en el proceso, así también, el capítulo relativo a la responsabilidad del Estado, de sus funcionarios

⁶³ BEJARANO GUZMÁN, R. *La procesalización del derecho constitucional en Colombia*”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*”. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en su sus 50 años como investigador del derecho. Eduardo Ferrer Mc Gregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coord.), tomo VI. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto mexicano de derecho procesal constitucional y Marcial Pons, México, 2.008, p, 173.

⁶⁴ Art. 86 C.P. N.

⁶⁵ BEJARANO GUZMÁN, R, *La procesalización del derecho constitucional en Colombia*”, Op. Cit, pág. 177.

⁶⁶ Hoy reformada mediante la Ley 1285 de 2.009.



y empleados judiciales por los daños antijurídicos que le sean imputables, de conformidad con el Art. 65⁶⁷ de esta ley, en armonía con el mandato constitucional del Art. 90.

Hondas transformaciones se introdujeron al proceso civil a través del Decreto 2651/ 1.991⁶⁸, norma de vocación provisional⁶⁹, cuyo contenido principal sólo devino permanente mediante la Ley 446/ 1.998⁷⁰, lo que motiva su análisis conjunto⁷¹.

Se destacan en este análisis, las normas que se limitaron a acoger como legislación permanente, las disposiciones principales del Decreto 2651/ 1.991, que en síntesis se concretan en: i) La posibilidad para las partes de “modificar las solicitudes de pruebas contenidas en la demanda, en la contestación o en cualquier otro escrito, dentro de los tres días siguientes a la terminación de la audiencia del Art. 101 del C.P.C⁷²”; ii) La autorización a las partes para practicar las pruebas de común acuerdo⁷³, iii) El adelantamiento de la “mera diligencia de remate” por conducto de un martillo legalmente autorizado⁷⁴, con la finalidad de

⁶⁷ Art. 65 Ley 270/ 1.996. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

⁶⁸ “Son siete los aspectos básicos de los cuales se ocupa el Decreto 2651/ 1991, a saber: I. La conciliación, II, el arbitramento; III. Actos probatorios; IV. Redistribución del trabajo; V. Concordatos; VI. Sucesiones; VII. Otras disposiciones”. LÓPEZ BLANCO, H, *Comentarios al decreto de descongestión judicial 2651/ de noviembre 25 de 1.992*, 2ª edición, Dupre, Bogotá, p. 3.

⁶⁹ Esta norma tuvo como génesis el artículo 5º transitorio de la Constitución Política de 1.991, mediante el cual se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir para descongestionar los despachos judiciales, previa su elaboración por parte de una comisión legislativa. En esta norma se contemplaba la adopción como legislación permanente de aquellos artículos que revistieran utilidad, de ahí su carácter transitorio. Cfr. LÓPEZ BLANCO, H, *Ley 446 de 1998 sus implicaciones en el código de procedimiento civil*, Dupré editores, Bogotá, 1.998, p. 16.

⁷⁰ “no obstante, la ley 446/ 1998 también se ocupó, en buena parte de sus 167 artículos, de realizar una profunda reforma al Código Contencioso Administrativo, al procedimiento arbitral, a la asistencia legal popular y adscribir algunas funciones jurisdiccionales a las superintendencias, todo lo cual da idea de la magnitud de la labor legislativa dado el amplio espectro de las modificaciones”. Ídem, p. 9.

⁷¹ Adviértase que “la finalidad esencial del estatuto (Decreto 2651/ 1.991) es otorgar mecanismos de descongestión, de ahí que es con esa óptica que deben ser interpretadas sus disposiciones, reconociendo que se trata de soluciones que pueden en veces chocar con la más pura ortodoxia procesal, pero que por tratarse de lo que podríamos llamar procedimientos de urgencia, obliga a replantear tradicionales conceptos”, argumento bajo el cual se explica la implantación de la perención del proceso como sanción por la parálisis del mismo por más de seis (6) meses. LÓPEZ BLANCO, H, *Comentarios al decreto de descongestión judicial*, op. cit, p. 4.

⁷² Art. 9º del decreto 2651/ 1.991 que adicionó el parágrafo 3 al Art. 101 del C.P.C.

⁷³ Hipótesis prevista desde el Art. 21 del Decreto 2651/ 1.991, hoy contenida en el parágrafo del Art. 184 del C.P.C., (Modificado por la Ley 794/ 2.003, Art. 18).

⁷⁴ Art. 50 del decreto 2651/ 1.991, adoptado como legislación permanente por el Art. 162 de la Ley 446/ 1.998.



descongestionar la labor del juez en esta labor; iv) Las medidas tendientes a la flexibilización del recurso extraordinario de casación, como son la no exigencia de la proposición jurídica completa, la posibilidad de decidir los cargos formulados en contra de la sentencia en forma separada o individual, previa interpretación del alto tribunal⁷⁵; v) La sentencia anticipada, como posibilidad de las partes de común acuerdo, soliciten al juez el fallo que se dicte sentencia con base en los actos procesales recaudados hasta el momento, llevando a la prescindencia total o parcial del debate probatorio⁷⁶.

También hizo parte de esta reforma procesal la presunción de autenticidad de los documentos presentados por las partes, para ser incorporados a un expediente, tuvieren o no como destino servir de prueba, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales⁷⁷, así también, la perención del proceso como sanción al parálisis del mismo imputable a la parte, por más de seis (6) meses⁷⁸.

En el año 2.001, el sistema procesal civil colombiano recibió la reforma producida por la Ley 640 del 5 de enero de dicho año, teniendo como misión la modificación de las normas relativas a la conciliación, la cual se erige (la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho) como requisito de procedibilidad en materia de proceso civiles⁷⁹, esto es como condición para el ingreso al mismo, así como la habilitación a otros sujetos como conciliadores (los centros de conciliación, delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, agentes del Ministerio Público en materia civil y notarios para adelantar dicho trámite⁸⁰); También se

⁷⁵ Art. 51 del Decreto 2651/ 1.991, adoptado como legislación permanente por el Art. 162 de la Ley 446/ 1.998.

⁷⁶ Art. 186 C.P.C.

⁷⁷ Art 25 Decreto 2651/1.991, Modificado. Decreto 2282/ 1989 art. 1 mod 115, Modificado. Ley 794/ 2.003, art. 26, actual Art. 252 C.P.C.

⁷⁸ Art. 18 de la Ley 446/ 1.998, que modificó el Art. 346 del C.P.C, hoy Derogado por la Ley 794/ 2.003, art. 70.

⁷⁹ Art. 27 Ley 640 /2.001. Es requisito de procedibilidad en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, salvo de expropiación y divisorios, según el Art. 38 de la misma ley. A pesar de la falta de técnica en la redacción de esta última norma, se infiere que los asuntos sometidos al trámite del procedimiento verbal o de mayor y menor cuantía o los verbales sumarios no tiene que cumplir este requisito. Cfr. BEJARANO GUZMÁN, R, *Los procesos declarativos*, op.cit, p, 9.

⁸⁰ Art. 27 Ley 640/ 2.001.



previeron normas relacionadas con la conciliación surtida dentro del proceso judicial (conciliación judicial) a fin de terminar el litigio⁸¹.

En el año 2.003, devino la reforma introducida mediante la Ley 794 del 8 de enero, cuya importancia radica en la desformalización de algunas exigencias de la demanda, así como la modificación del régimen de notificaciones, a fin de *“erradicar el tortuoso, inútil, costoso y demorado sistema diseñado para la notificación personal de las providencias que disponen la convocatoria de algún sujeto al proceso (auto admisorio de la demanda o mandamiento de pago) o una actuación extraprocesal (p.ej., práctica de pruebas anticipadas), y arbitrar un mecanismo mas garantista, sencillo, económico y expedito*⁸².

Otros temas trascendentales de dicha ley fueron i) la reforma al proceso ejecutivo⁸³, a fin de simplificar su trámite, lo que conllevó a que sólo exista *“un procedimiento para perseguir los bienes del deudor haciendo ejercicio de la garantía personal con miras a la satisfacción coactiva de los créditos*⁸⁴”, para imprimirle un trámite mas expedito, se proscribió en dicho proceso la apelabilidad del mandamiento de pago⁸⁵ y con el mismo propósito, se exigió la alegación de las causales de excepciones previas por la vía del recurso de reposición en contra del mandamiento de pago⁸⁶; ii) al proceso de declaración de pertenencia, en cuanto a la eliminación de la consulta para este tipo de procesos⁸⁷; iii) la derogatoria de la perención⁸⁸.

Mediante la Ley 1194/ del 9 de mayo de 2.008, el ordenamiento jurídico procesal civil instauró la figura del “desistimiento tácito”, a fin de modificar el Art. 346 del C.P.C; en virtud de esta figura, se deja sin efectos la demanda o cualquier solicitud procesal pendiente y se da por terminado el proceso, siempre que sea desatendida la orden previa del juez de cumplir con una

⁸¹ Art. 43 Ley 640/2.001.

⁸² ROJAS GÓMEZ, M, *La reforma al código de procedimiento civil, ley 794 del 8 de enero de 2.003*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 19. *“A partir de la reforma se prescinde del desplazamiento del servidor público en búsqueda de la persona que debe ser notificada y se reemplaza por una citación por medio de los servicios postales para que concurra por al despacho judicial a recibir la notificación personal”*. Ídem, p. 20.

⁸³ El Lit. b Art. 70 de la Ley 794/ 2.003 derogó el trámite especial para los procesos de mínima cuantía.

⁸⁴ Ídem, p. 59.

⁸⁵ Art. 505 C.P.C, mod. Ley 794 /2.003. Art. 48.

⁸⁶ Parágrafo del Art. 590. C.P.C., mod. Decreto 2282/ 1.989, art 1, mod Ley 794/2.003.

⁸⁷ Art. 70 Lit. c. Ley 794/ 2.003.

⁸⁸ Art. 70 Lit. b. Ley 794/ 2.003.



carga procesal o un acto de parte, del cual penda la continuación del trámite de la demanda, de la denuncia del pleito, del llamamiento en garantía, de un incidente u otra actuación a instancia de parte, lo que en líneas generales, revive la perención procesal.

Otra reforma de trascendencia fue la introducida al proceso de “restitución de inmueble arrendado para vivienda urbana” por cuenta de la Ley 820/ 2.003; dicha norma establece en síntesis: i) la presunción de derecho, según la cual el arrendador deberá ser notificado en el lugar donde recibe el pago del cánon y los arrendatarios, codeudores y fiadores en la dirección del inmueble objeto del contrato, en el evento en que no se reporte ninguna dirección⁸⁹; ii) también creó la solidaridad por las obligaciones y derechos, entre arrendadores y respecto de arrendatarios; iii) eliminó el grado de consulta de la sentencia⁹⁰.

Recientemente, la Ley 1285/ 2.009, modificó en los siguientes puntos esenciales la ley estatutaria de administración de justicia: i) Ratificó la perentoriedad de los términos procesales y su estricto cumplimiento, así como la oralidad y el desenvolvimiento del proceso en audiencias⁹¹; ii) creó los jueces de pequeñas causas con competencia municipal y local a fin de conocer de múltiples asuntos de la jurisdicción ordinaria, regidos por la oralidad, sumaria y en lo posible de única instancia⁹²; iii) ordenó la distribución geográfica de los juzgados a lo largo de localidades y comunas, en forma gradual y tomando en consideración el número de habitantes de la ciudad⁹³; iv) Inviestió de nuevos poderes sancionatorios al juez respecto de las partes y apoderados⁹⁴; v) estableció el impulso oficioso del proceso a cargo del juez, el cual debe adelantarlos hasta la sentencia si es el caso⁹⁵; vi) creó la figura de la perención respecto de los procesos ejecutivos⁹⁶; vii) introdujo la eventual selección de sentencias en sede de casación,

⁸⁹ Art. 12 de la Ley 820/ 2003.

⁹⁰ Art. 38 de la Ley 820/ 2.003.

⁹¹ Art. 1 Ley 1285/ 2.009.

⁹² Art. 4 párrafo. 1 de la Ley 1285/ 2.009.

⁹³ Art. 8 de la Ley 1285/ 2.009.

⁹⁴ Art. 14 de la Ley 1285/ 2.009, mediante el cual se adicionó el Art. 60 A, a la Ley 270/ 1.996.

⁹⁵ Párrafo del Art. 14 de la Ley 1285/ 2.009.

⁹⁶ Art. 23 de la Ley 1285/ 2.009, mediante la cual se adicionó un Art. 209 A de la Ley 270/ 2.009.



cuyo objeto sea la unificación de la jurisprudencia, la protección de derechos fundamentales y el control de legalidad⁹⁷”.

En el momento en que se escriben estas líneas (junio de 2.010) el Congreso de la República ha aprobado el proyecto de ley No. 197/ 2.008, cuyo fin es **“adoptar medidas en materia de descongestión judicial”**, para lo cual asigna competencias a jueces de pequeñas causas e introduce reformas al código de procedimiento civil, en temas tales como: i) La supresión de los procesos ordinario y abreviado, de trámite escrito, y su reemplazo por los procesos verbales, como un primer paso para introducir definitivamente la oralidad en los procesos civiles. Si bien la ley dispuso que esta reforma debe operar a partir del once (11) de enero de dos mil once (2011), facultó al Consejo Superior de la Judicatura para fijar la fecha definitiva en la que entrará en vigencia, en todo caso, no antes de la fecha mencionada; ii) impone plazos perentorios a jueces y magistrados para dictar sentencia de primera y segunda instancia so pena de perder la competencia, y hacerse acreedores a multas y hasta la pérdida del empleo; iii) impone la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad en los procesos verbales de mayor y menor cuantía; iv) elimina el grado jurisdiccional de consulta e introduce importantes reformas en el recurso de apelación, particularmente en cuanto a la concesión en el efecto devolutivo y no en el suspensivo, cuando se trate de apelación contra sentencias; v) se adoptan reformas en los procesos ejecutivos y se crea un mecanismo de realización especial de la garantía, por virtud del cual con la intervención del juez el acreedor puede solicitar que se le adjudique directamente el bien dado en garantía hipotecaria o prendaria, siempre que no haya oposición del deudor; vi) se autoriza la formulación como excepción previa de los fenómenos de la falta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva, defensa que de ser favorable al demandado ha de ser resuelta mediante sentencia anticipada y no por auto, para efectos de que pueda ser controvertida mediante los recursos propios que permiten contradecir un fallo; vii) Se autoriza la presentación de toda demanda sin necesidad de autenticación de la misma, pues se presume auténtica la misma; en fin estas y otras modificaciones pueden apreciarse en el cuadro comparativo que el

⁹⁷ Art. 70 de la Ley 1185/ 2.009, mediante el cual se modificó el Art. 16 de la Ley 270/ 1.996.



Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia incluyó en el último “Boletín Virtual” distribuido a la comunidad jurídica en general, antes de que se sancionara la Ley 1395 del 12 de julio de 2.010 relacionada con la descongestión judicial y la Ley 1394 del 12 de julio de 2.010 que regula el arancel judicial, las cuales pueden ser consultadas en esta dirección: www.uexternado.edu.co/derecho/derecho_procesal/boletinvirtual .

¿Han contribuido las reformas procesales colombianas a modelar el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes- modelos, o a los principios ALI / Unidroit de *procédure civile transnacional*?

Una comparación entre el ordenamiento jurídico procesal colombiano con los “Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional”, podría arrojar como conclusión la cercanía de determinadas figuras procesales locales con los mencionados principios, en razón a que las diversas culturas jurídicas, comparten algunos lugares comunes, lo que facilitaría el proceso de armonización de los sistemas procesales.

Los “Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional”, fruto de la labor del *American Law Institute* (ALI) con el apoyo de la UNIDROIT, establecen a grandes rasgos: “ (los) *Parámetros básicos que gobiernan la jurisdicción personal y material; especificaciones para un juzgador imparcial, proceso para notificación del demandado; normas para la formulación de reclamos; provisiones sobre actuación de peritajes; normas sobre el ofrecimiento de medios probatorios; normas que determinan el juzgamiento y resolución de un proceso por una autoridad jurisdiccional, y la posibilidad que la Sentencia pueda ser objeto de un recurso de apelación; normas sobre el principio de la cosa juzgada*⁹⁸”.

Ahondando en el contenido concreto de los mencionados principios, se encuentra una preocupación por la unificación de las normas procesales en torno a: i) la jurisdicción; ii) la

⁹⁸ HAZARD, G, *Litigio sin fronteras: armonización y unificación del derecho procesal*, en Revista de la facultad de Derecho de la pontificia universidad católica del Perú, No. 52, diciembre (1.998) - abril (1.999) p, 586.



independencia, imparcialidad y competencia del tribunal; iii) la igualdad y derecho de defensa; iv) el derecho a la asistencia letrada; v) el derecho de audiencia y actos de comunicación; vi) la estructuración tripartida del proceso con base en el esquema anglosajón⁹⁹; vii) la iniciación del proceso a instancia de parte y determinación del objeto del proceso a través de los actos de demanda y contestación.

Dichas temáticas se encuentran plasmadas en las reformas procesales colombianas que fueron expuestas en el anterior interrogante y su desarrollo es compatible, en las mas de las ocasiones, con los “Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional” de la ALI. En efecto, el actual régimen procesal colombiano se caracteriza por una tendencia mixta, aunque predominantemente dispositiva, en la que *“sólo por excepción puede promoverse el proceso oficiosamente, pues la mayoría de los casos presupone la formulación de una demanda¹⁰⁰”*, a lo que habría que adicionar la regencia del principio de congruencia, en virtud de la cual *“la decisión judicial generalmente se contrae a las posturas iniciales de las partes¹⁰¹”*. El mentado sistema dispositivo se ve no obstante mermado en razón de la facultad oficiosa del juez, de decretar pruebas de oficio del Art. 179 y 180 del C.P.C, así como, por su papel en la dirección del proceso, el cual, ha de llevar a su término, previéndose además la sanción a la desidia de las partes, a través de instituciones tales como la perención y el desistimiento tácito.

A partir de esta denominación mixta del sistema colombiano, es posible encontrar la garantía de la igualdad de las partes, así como el derecho de defensa, la cual ha sido elevada a rango de derecho fundamental¹⁰²; por su parte, el mismo Art. 1 del C.P.C., establece la

⁹⁹ En efecto se contempla en el Art. 7, de los mencionados principios una fase de alegaciones, fase de instrucción (*pre-trial*) y una audiencia plenaria (*trial*; específicamente se contempla: (Art. 7.1) *“En la fase de instrucción el tribunal resolverá cuestiones preliminares, confrontará el acceso a los medios de prueba y la posible exhibición y práctica de prueba, y establecerá el calendario para las actuaciones sub siguientes; (Art. 7.3) Toda prueba que no pudiera practicarse en la fase de instrucciones se practicara en la audiencia plenaria siguiendo el principio de concentración”*. Cfr. HAZARD G, STÜRNER, R, TARUFFO, M y GIDI, A, *Principios fundamentales del proceso Civil Transnacional*, en Revista de la facultad de Derecho de la pontificia universidad católica del Perú, No. 54, (diciembre de 2.001) p, 254 - 255.

¹⁰⁰ ROJAS GÓMEZ, M, *El proceso civil colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª edición, 2.003, p. 30.

¹⁰¹ Ídem, p. 31.

¹⁰² Art. 29 y 16 de la C.C.



gratuidad del servicio de la justicia, a lo que se adicionaría la figura del “amparo de pobreza”, como mecanismo para garantizar la asistencia letrada en el juicio, respecto de los no habientes.

En lo que definitivamente no ha habido un acercamiento del sistema procesal que rige el proceso colombiano y el modelo de los “principios generales del proceso civil transnacional”, es en la división del proceso en una estructuración tripartida a la manera tradicional del *common law*.

Pregunta No. 4 Estudios de derecho comparado

¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?

El recuento sobre las reformas procesales muestra que en la mayoría de los casos, estas han sido concebidas dentro de los esfuerzos para paliar los principales problemas de la justicia en general, principalmente la morosidad judicial, la corrupción y la litigiosidad, que son en suma, fenómenos predicables a todo tipo de proceso, no solo del civil; adicionalmente, son muchas las reformas que se encuentran vigentes.

Algunas reformas procesales han ensayado figuras jurídicas que aparecen y desaparecen estacionariamente según su pasajero éxito o fracaso, como en el caso de la perención o de la audiencia de conciliación dentro de los procesos ejecutivos¹⁰³.

Desde otro punto de vista, debe resaltarse que el código mismo, así como sus primeras reformas fueron resultado de la concesión de facultades extraordinarias al poder ejecutivo, a fin de presentar los proyectos de modificación, previa elaboración por parte de comisiones de

¹⁰³ Recuérdese como el Decreto 2651/ 1.991 en su Art. 7º introdujo esta audiencia, el Art. 102 de la Ley 446/ 1.998 lo convirtió en legislación permanente, en tanto el Art. 102 de la Ley 794/ 2.003 lo derogó y en cuanto a la perención, su inclusión a través del Decreto 2282/ 1.989, su derogatoria a través del Art. 70 de la Ley 794/ 2.003 y su nueva puesta en escena a través de la Ley 1194/ del 9 de mayo de 2.008, con el nombre de “desistimiento tácito”.



académicos o funcionarios judiciales, quienes lejos de emprender sistemáticamente estudios de derecho comparado, fundaron sus propuestas en las necesidades prácticas del ordenamiento jurídico.

Ello demuestra que tales modificaciones, lejos de constituir un esfuerzo consciente de armonización de la normatividad nacional con las tendencias internacionales en materia procesal transnacional, han pretendido la solución de las patologías coyunturales de la justicia, siendo solo destacable la introducción de la audiencia preliminar del Art. 101 del C.P.C., como intento consciente de armonizar la legislación nacional con el anteproyecto del código Procesal civil Modelo para Iberoamérica.

Pregunta No. 5. Retroceso en la distinción: *civil law* y el *Common law*

¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre *common law* y *civil law* en materia de proceso civil? ¿En qué instituciones o principios?

Como hubo oportunidad de advertirse en la primera respuesta, los caracteres distintivos del *Civil Law* y el *Common Law* frente a las instituciones procesales, han venido desvaneciéndose, siendo más frecuente su coexistencia en los ordenamientos procesales; Actualmente, las diferencias y contrastes entre sistemas jurídicos se han venido diluyendo, posiblemente porque “*otros problemas en el campo de la justicia civil, y muchos legisladores han asumido orientaciones de reforma más pragmáticas y menos inclinadas ideológicamente*”¹⁰⁴.

Lo anterior es un fenómeno generalizado en el ámbito procesal colombiano a través de instituciones como la oralidad, la introducción de la audiencia preliminar, así como el robustecimiento de los mecanismos alternativos de solución de litigios, aun cuando existen

¹⁰⁴ TARUFFO, M, *Sobre las fronteras*, escritos sobre la justicia civil, (trad) Beatriz H, Quintero de Prieto, Temis, Bogotá, p, 65.



razones históricas por las que dicho sistema es preponderantemente del *Civil Law*; así, en el reconocimiento de las diversas etapas procesales, es de resaltar la tendencia del ordenamiento procesal civil colombiano al proceso por audiencias consecutivas de acuerdo con el principio de concentración, lo que sucede preponderantemente en los procesos verbales de mayor y menor cuantía¹⁰⁵, donde se establece la posibilidad de que todo el trámite se evacue en una sola audiencia.

Empero, en el proceso civil colombiano persiste la tradición denominada “bifásica”¹⁰⁶, propia del *Civil Law*, pues el C.P.C., prevé una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, que como su nombre lo indica, apunta al estudio de los requisitos de procedencia y forma para la resolución de fondo posterior¹⁰⁷. Su primera fase, se destina como un espacio de deliberación y participación de las partes con el fin de terminar anticipadamente el conflicto a través de la figura de la conciliación.

Con base en lo anterior, es posible concluir que en el sistema procesal colombiano, se ha suscitado un retroceso en la distinción clásica entre los sistemas del *common law* y *civil law*.

Tema II. Leyes modelos

Pregunta No. 6. Convenciones y tratados internacionales

a) En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos Sociales y Culturales, etc.) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del

105 Art. 432. C.P.C., Par. 6. (...) Cumplido lo anterior, el juez proferirá sentencia en la misma audiencia, si le fuere posible. De lo contrario suspenderá ésta por diez días, y en su reanudación la pronunciará, aun cuando no asistan las partes ni sus apoderados. En la audiencia en que se profiera la sentencia se resolverá sobre la apelación o la consulta, si fuere el caso. Par. 7. En la audiencia podrá utilizarse el sistema de grabación electrónica o magnetofónica, siempre que se disponga de los elementos técnicos adecuados y así lo ordene el juez (...)

¹⁰⁶ TARUFFO. M. Ídem.

107 Art. 101 C.P.C.



Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materias a los que aquellas han sido aplicadas.

b) ¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ejemplo la Corte Europea de Derechos Humanos) dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?

A fin de dar respuesta a estas preguntas, conviene referirse en primer lugar, a los “principios de índole procesal” contenidos en diferentes instrumentos internacionales, a su aplicación por parte de los tribunales internacionales, para luego establecer su compatibilidad con el ordenamiento jurídico procesal colombiano y su recepción en la jurisprudencia nacional. Para tal efecto, se analizará sucintamente i) el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos¹⁰⁸ y la ii) Convención americana sobre derechos humanos (o Pacto de San José de Costa Rica)¹⁰⁹, adicionada con una breve referencia sobre el Convenio Europeo de Derechos humanos, cuya aplicación en la práctica procesal civil colombiano no ha resultado cotidiana, probablemente porque escapa a su rango de aplicación territorial.

En el “Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”, se reconocen los siguientes principios procesales: i) La igualdad de las personas ante los tribunales y cortes de justicia, ii) el derecho a ser oído públicamente, dentro de un marco de garantías procesales, las cuales comprenden el derecho a un juez competente, independiente e imparcial¹¹⁰. Entre tanto, la

¹⁰⁸ Celebrado en Nueva York, el 16 de diciembre de 1.966, incorporado en la legislación interna colombiana a través de la Ley 74/ 1.968.

¹⁰⁹ Celebrado el 22 de noviembre de 1.969, incorporado mediante la Ley 16/ 1.972. A través de este instrumento internacional, se creó el “Sistema interamericano”, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” y la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *“El 21 de junio de 1.985, Colombia depositó un instrumento por el cual reconoce la competencia de la Comisión Interamericano de Derechos Humanos (Art. 45) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 62), por tiempo indefinido, bajo condiciones de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a la aceptación o aplicación de la Convención”*. QUINTANA ARANGUREN, J. (Coord) *Colombia y el derecho internacional de los derechos humanos*. Vol. I. obligaciones convencionales de Colombia en materia de derechos humanos, QUINTERO, M, Y TORRES, F, (Compiladores), Universidad Externado de Colombia, 1.995, p.88.

¹¹⁰ Art. 14, del “Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”.



“Convención Interamericana sobre derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica”, contempla similares garantías judiciales a las anotadas, pero adiciona: i) el derecho de defensa, ii) la garantía de la no autoincriminación¹¹¹ y también iii) el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales para amparar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en las leyes o en la misma Convención¹¹². En dicha convención se crea también la obligación respecto del Estado, de garantizar la “efectividad del recurso”, es decir que tanto el desarrollo como la decisión, arrojen un resultado ejecutable en torno a la protección del derecho fundamental amenazado o vulnerado¹¹³.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial del tema de las “garantías judiciales” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, advierte la doctrina que *“no existe un concepto unívoco sobre el derecho de acceso a la justicia ni precisión respecto de su alcance en el ordenamiento jurídico interamericano¹¹⁴”*, lo que no ha sido obstáculo para que nuestro ordenamiento jurídico procesal reciba la influencia de la aplicación de los artículos 25 y 8 de la convención, en la creación de nuevas normas procesales, como de la aplicación de las ya existentes, dentro de una perspectiva garantista.

En efecto, la Carta política colombiana, concede plena aplicación a estos instrumentos internacionales gracias al denominado “bloque de constitucionalidad”, por cuya virtud se estableció que *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerán en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia¹¹⁵”*.

¹¹¹ Art. 8 del “Pacto de San José de Costa Rica”.

¹¹² Ídem, Art. 25. 1.

¹¹³ Ídem, Art. 25.2.

¹¹⁴ ACOSTA ALVARADO, P. *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, en Temas de Derecho Público No. 77. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.007, pág. 18.

¹¹⁵ Art. 93 C.P.N.



En relación con las garantías procesales consagradas en instrumentos de Derecho Internacional, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C- 774/ 2.001¹¹⁶, consideró que *“el derecho a la presunción de inocencia es uno de aquellos derechos humanos que no son susceptibles de limitación en estados de excepción por lo que las disposiciones internacionales de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia en la materia hacen parte del bloque de constitucionalidad”*, lo que también es predicable del derecho fundamental al debido proceso¹¹⁷. La adopción de este principio de incorporación de los Tratados Internacionales en el ordenamiento nacional, supera la visión estricta según la cual, la soberanía estatal es un obstáculo de entrada a tales normas supranacionales, lo que ha llevado a *“adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal”*¹¹⁸.

Los derechos fundamentales al “debido proceso” (Art. 29 C.N) y “el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia¹¹⁹,” tienen como referente los postulados de la Corte Interamericana de Derechos humanos y otros instrumentos internacionales, aun cuando debe advertirse que el derecho a acceder a la administración de justicia es en el actual debate internacional, sólo una parte de un derecho fundamental más amplio, como lo es el “derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹²⁰”, entendido como *“un verdadero derecho de los particulares, de los sujetos jurídicos, al desarrollo del proceso civil, esto es, al inicio y*

¹¹⁶ MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁷ Art. 29 C.P.N., y Art. 27 de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre.

¹¹⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 574, 1.992. MP: Dr. Ciro Angarita Barón.

¹¹⁹ Ubicado en el Capítulo 1 “de las disposiciones generales”. Título VIII “de la rama judicial”. *“Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.*

¹²⁰ *“No existe en la Constitución (colombiana) un artículo con contenido similar (al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Art. 24.1 de la Constitución Española); pero éste pudiera construirse a partir del Preámbulo cuando declara como valor y fin la justicia, el artículo 2º., al señalar como fin del Estado: la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y los artículos 228, 229 y 230 al estatuir como principios la prevalencia del derecho sustancial, el libre acceso a la administración de justicia y el imperio de la ley”* RAMÍREZ GÓMEZ, J, *Vías de hecho*. Acción de tutela contra providencias judiciales, 4ª edición, Ibañez, Bogotá, pág. 230.



*continuación de la actividad jurisdiccional hasta su terminación por un enjuiciamiento sobre el fondo*¹²¹.

La Corte Constitucional colombiana, haciendo alusión al derecho a la tutela judicial efectiva, precisó que gracias a este derecho fundamental, existe la *“posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”*¹²².

Fundado en el mencionado derecho fundamental, la Corte constitucional ha encontrado contrario a la *“tutela judicial efectiva”*, exigir el *“pago anticipado de la obligación tributaria (a juicio del deudor no debida) cuando justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial”*¹²³; así mismo, que *“Es imperativo que la caución, garantía o condición (de la Acción), sea fijada, no de antemano sino luego de admitida la demanda y repartido el proceso, para que el magistrado la ordene de acuerdo con cada caso*¹²⁴”; finalmente, se concluyó que la exigencia del pago de arrendamientos¹²⁵ antes y durante el proceso de restitución de inmueble arrendado (desahucio)¹²⁶, para ejercer el derecho de defensa, no son obstáculos justificados en contra del derecho fundamental a la *“tutela judicial efectiva”*, pues su fin es impedir la eventual dilación del proceso, en desmedro del demandante *“arrendador”*¹²⁷.

¹²¹ DE LA OLIVA, A, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1.980.pág. 20- 21.

¹²² C. Const. C 426/2.002, del 29 de mayo. MP: Rodrigo Escobar Gil.

¹²³ C. Const., Sentencia C599/ 1.992, del 10 de noviembre. MP: Fabio Morón, declaró inexecutable el artículo 26 del Decreto 1746/1.991, que establecía: *“para ejercitar las acciones ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deberá acompañarse a la demanda el recibo de pago de la multa correspondiente”*.

¹²⁴ La C. Const. mediante sentencia C318/1.998, del 30 de junio. MP: Carlos Gaviria D., declaró la inconstitucionalidad del art.7 de la Ley 283 de 1.997, que modificó el decreto 624 de 1.989, que exigía una garantía previa al proceso, sin tener en consideración la capacidad económica del demandante.

¹²⁵ Parágrafo 2º del artículo 424 (modificado por la Ley 794/2.003 art. 44) C.P.C.

¹²⁶ Siempre que la causal de restitución sea la mora o la falta de pago.

¹²⁷ Sin embargo, si el juez advierte que existen serias dudas acerca de la existencia del contrato de arrendamiento, *“ya sea porque han sido alegadas razonablemente por las partes o, porque el juez así lo constató de los hechos que se encuentran probados, no debe exigírsele al demandado para poder ser oído dentro del proceso de restitución de*



El derecho fundamental al debido proceso, actualmente puede entenderse en una de dos vertientes: (i) “*procedural due process*”, o conjunto de reglas mínimas que debe seguir todo proceso¹²⁸, (por ejemplo, derecho al juez imparcial, derecho a aportar y a controvertir las pruebas, principio de contradicción, etc.); y ii) El “*substantive due process*”, en virtud del cual se prohíbe al Estado limitar o privar de derechos fundamentales a los particulares salvo causa justificada; una y otra dimensión han tenido influencia en la jurisprudencia nacional.

De ello da cuenta (entre muchas otras) la sentencia de la Corte Constitucional T – 474/ 1.992, que erigió como núcleo esencial del debido proceso “*el derecho de defensa, el derecho de asistencia de un abogado, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, el derecho de presentar y controvertir las pruebas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria y el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem)*”.

Una aplicación del Art. 29 C.P. N., al ámbito civil, es la adición por la Corte Constitucional de una causal de nulidad a las causales legales¹²⁹, consistente en la nulidad “de pleno derecho” de la prueba obtenida con violación del debido proceso¹³⁰.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³¹, reúne bajo la denominación “proceso equitativo¹³²”, las mencionadas garantías procesales de derecho de defensa, las cuales pueden sintetizarse en “1) *el derecho a un tribunal independiente e imparcial*, 2) *el derecho a acceder a la jurisdicción*, 3) *el derecho a contar con todas las posibilidades de preparar una defensa en igualdad de condiciones*, 4) *el derecho a obtener una*

inmueble arrendado, la prueba del pago o la consignación de los cánones supuestamente adeudados”. C. Const., Sentencia T- 1082/07, del 13 de diciembre. MP: Humberto Sierra Porto.

¹²⁸ Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, R, *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima, 2.001, pág. 185-188.

¹²⁹ Art. 140 C.P.C.

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 491/ 1.995. MP: Antonio Barrera Carbonell. Posteriormente desarrollada en las sentencias C 217/ 1.996; C 372/ 1.997.

¹³¹ Denominado Convenio de Roma de 1.950, revisado de conformidad con el Protocolo No. 11 del 1 de noviembre de 1.998.

¹³² Art. 6.



respuesta en un plazo razonable, 5) el derecho a una respuesta acorde a derecho, así como el derecho a que se cumpla lo previsto en ella¹³³”.

Recuérdese, en todo caso, que el desarrollado jurisprudencial de estos aspectos incumbe al Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁴ y que su trascendencia inmediata se presenta dentro de su ámbito regional, esto es la Comunidad Europea, en razón a que las instancias nacionales están en la obligación de proteger los derechos subjetivos derivados de las normas internacionales, motivo por el cual han de contar con mecanismos de tutela judicial efectiva en el derecho interno.

Ello es así, desde las más antiguas decisiones judiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad europea, donde se obliga a los Estados a *“proteger los intereses de aquellas personas sujetas a su jurisdicción que pudieran ser afectadas por cualquier posible violación del tratado, mediante la garantía de una tutela directa e inmediata de sus intereses¹³⁵”*. Siguiendo esta misma línea, el mencionado tribunal, ha establecido que las normas procesales nacionales *“destinadas a asegurar la tutela de los derechos que los particulares adquieren a través del efecto directo de la Derecho Comunitario (sic) no deben ser menos favorables que aquellas que regulan el mismo tipo de acción en un asunto de derecho interno¹³⁶”*.

Como corolario de lo anterior, puede concluirse que la jurisprudencia colombiana no es ajena a la consagración y desarrollo de las garantías procesales erigidas en los distintos instrumentos internacionales y los acoge plenamente especialmente a propósito de la labor de la Corte Constitucional colombiana.

¹³³ ACOSTA ALVARADO, P, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de derechos humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, en Temas de derecho público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.008, pág. 29.

¹³⁴ Recientemente, el Tratado de la Unión Europea fue modificado por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2.007, y cuya entrada en vigor se dio el 1 de diciembre de 2.009. En su Art. 9 erige al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como importante institución (esta comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales Especializados).

¹³⁵ Asunto 13/68, *Spa Salgoni contra Ministerio Italiano de comercio exterior*, 1.968, pág. 463.

¹³⁶ Asunto 45/76, *Comet, Loc.*



Pregunta No. 7 “Modelización” del proceso civil

7. En *doctrina*, ¿hay en su país debates sobre la <<modelización>> mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? ¿La cuestión de la autonomía procesal de los estados ha sido un obstáculo?

En el ordenamiento jurídico colombiano, pueden identificarse por lo menos, las siguientes materias en donde se ha debatido la conveniencia de la “modelización” de la normatividad aplicable: i) las leyes modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza; ii) el arbitraje comercial internacional; iii) el Código Procesal Modelo (1.998) y el Código Modelo para los Procesos Colectivos (2.006) del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), y los Principios de Procedimiento Civil Transnacional de ALI y Unidroit.

Han suscitado estos movimientos de “unificación” y “modelización”, diversos organismos internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), el *American Law Institute* (ALI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit).

En el tema de la “insolvencia de empresas y comerciantes” rige en Colombia la Ley 1116 de 2006¹³⁷, destacándose los siguientes apartes procesales: “3. *EL Reconocimiento de un proceso extranjero y medidas otorgables (arts. 100 109); 4. La Cooperación con tribunales y representantes extranjeros (arts. 110 a 112), y 5. Los Procesos paralelos (arts. 113 a 116). Amén*

¹³⁷ Supuestos de aplicación de las normas colombianas sobre insolvencia transfronteriza: *ARTÍCULO 86 Ley 1116/2006. CASOS DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA. Las normas del presente Título serán aplicables a los casos en que: 1. Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en la República de Colombia en relación con un proceso extranjero, o 2. Sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, o 3. Estén tramitándose simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso en la República de Colombia. (...)*



*de lo anterior, debemos resaltar que salvo por unas pocas ocurrencias del legislador, el texto del Título III de la ley 1116 de 2006 coincide con el de la ley modelo que lo inspiró*¹³⁸. Antes de que la ley 1116 de 2006 acogiera la “Ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza”, la doctrina, abogaba porque no se realizara el movimiento de unificación¹³⁹, fundado en que la transposición de tales normas jurídicas en Colombia “*es un gravamen innecesario que hace el país sin reciprocidad de los otros países o de comunidades económica a las cuales pertenecemos como la CAN el G3 o el Mercado Común Centroamericano. En el pasado, la base teórica sobre a cual se desarrolla la institución fue excepcional*”¹⁴⁰.

El debate acerca de la conveniencia de armonizar la normatividad interna con la “Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional”, tiene su punto de tensión a propósito del párrafo 1 del Art. 19 de esta ley modelo que permite a las partes **la regulación de las normas que regirán su proceso arbitral**; se advierte que no es asimilable el arbitraje nacional con el internacional, en razón a que el primero tiene naturaleza jurídica jurisdiccional y el segundo contractual, lo que posibilita que las partes puedan estipular la ley sustancial y procesal aplicable.

Quienes critican la tendencia a adoptar en el ordenamiento jurídico interno las normas internacionales en materia de arbitramento, sostienen la necesidad de analizar previamente su conveniencia en el contexto nacional¹⁴¹. Por esta misma línea, asevera la doctrina que la intención de acoger en el ordenamiento interno la ley modelo de UNCITRAL radica en el “*celoso culto que rinde[n] a las potencias extranjeras que están a la espera de que Colombia sucumba a sus pies aprobando estatutos arbitrales concebidos a imagen y semejanza de sus intereses*”

¹³⁸ SOTOMONTE MUJICA, D, *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia*, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.009, p. 102.

¹³⁹ Cfr. SOTOMONTE MUJICA, D, *Reflexiones sobre la insolvencia transfronteriza desde la perspectiva colombiana*. Ponencia. Congreso Internacional de Derecho Mercantil. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 1-2; Cfr. SOTOMONTE MUJICA, D, *La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normativa transfronteriza unificada*, en *Revista de Derecho Privado*, No. 34, Universidad de los Andes, junio de 2005, Bogotá, p. 105.

¹⁴⁰ PARADA CAICEDO, J, *Aspectos procesales de la insolvencia empresarial*, en memorias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, 2008, Bogotá, p. 409.

¹⁴¹ Cfr. GAMBOA SERRANO, R, *Arbitramento. Ubicación y recursos*, en memorias del XXIII congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, 2002, Bogotá, p. 62.



empresariales”, y continúa señalando que estos sectores se duelen “de que el parlamento colombiano no hubiese aprobado el engendro del proyecto de arbitraje que pretendió reproducir en Colombia el sistema UNCITRAL de arbitramento, del todo ajeno a nuestras costumbres y necesidades internas”¹⁴². Reclama la doctrina que no se confunda “el arbitramento interno con el internacional” al quererse “imponer como legislación nacional reglamentos de varios centros de arbitraje que administran controversias internacionales, en las que si tienen sentido algunas determinaciones, que en el concierto patrio resultan definitivamente tan exóticas como inconvenientes”¹⁴³. Se reconoce también que la justicia arbitral padece inconvenientes, pero la superación de estos no se logrará tomando el sistema UNCITRAL, ni reglamentos de centros de arbitraje extranjeros¹⁴⁴.

En cuanto al Código Modelo de 1998 para procesos civiles, la doctrina ha considerado que la desformalización, la desjudicialización, la oralidad, la efectividad y la búsqueda constante de la economía procesal, son aspectos que se destacan en las tendencias universales del procedimiento, que motivarían la tendencia a la unificación de los procesos. Se destaca también, la tarea del Instituto Iberoamericano de derecho procesal, por preparar desde el año de 1967, un Código Modelo del Proceso y también se elogia a la legislación Uruguay por acogerlo desde 1988¹⁴⁵.

Sobre el “Código Modelo de Procesos Colectivos” (CMPC) del año 2006, la doctrina ha instado su “trasplante responsable” en el ordenamiento colombiano, predominantemente para llenar los “vacíos en el sistema de conflictos colectivos en Colombia”, lo que se solucionaría

¹⁴² BEJARANO GUZMÁN, R, *El sofá del arbitraje*, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, No. 30, Librería ediciones del profesional, 2004, Bogotá, p. 237.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ CANOSA SUÁREZ, U, *Palabras en torno al trabajo del instituto sobre un código único de procedimiento*, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, No. 31, Librería Ediciones del Profesional, 2005, Bogotá, p. 5 y ss.



tomando los dos numerales del capítulo primero de este código, que se ocupan de un amplio catálogo de definiciones¹⁴⁶.

Debe advertirse sin embargo, que en su génesis y desarrollo, las acciones colectivas en el ordenamiento colombiano han tenido carácter propio, así, la Ley que regula la materia (Ley 472/ 1.998) es anterior al CMPC (del Año 2.006), lo cual no ha obstado para que, por vía jurisprudencial, se hayan verificado esfuerzos por adoptar aspectos relevantes del Código Modelo¹⁴⁷, en temas tales como: i) la cosa juzgada de la sentencia que pone fin a la acción popular, en cuya redacción original (Art. 35 de la ley 472) se preveía que *“La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general”*, y como resultado de su declaratoria de exequibilidad condicionada mediante la sentencia C-662 de 2007, se optó por una solución tomada de lo sugerido en el CMPC, consistente en *“que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior”*¹⁴⁸ (negritas fuera del texto); ii) en la forma de reparación del daño, específicamente en la fijación de indemnizaciones globales a favor del grupo, tal como se abordará más adelante, a propósito de la sentencia del 22 de abril de 2009, proferida por la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁹.

Por último, puede afirmarse que la mayor parte de la doctrina nacional ha pasado por alto los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional, a pesar de los esfuerzos que en la materia ha efectuado la Universidad Externado de Colombia en cabeza de su Rector, el Doctor Fernando Hinestrosa quien como representante en la Unidroit, ha iniciado su

¹⁴⁶ Cfr. RODRÍGUEZ PRIETO, M, *Vacíos legales de las acciones de clase en la Colombia globalizada del siglo XXI*, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, No. 33, Librería Ediciones del Profesional, 2007, Bogotá, p. 233 y 234.

¹⁴⁷ GUAYACÁN ORTÍZ, J, *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, en Revista de Derecho Privado, No. 9, Universidad Externado de Colombia, 2005, Bogotá, p. 38.

¹⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 14 de agosto de 2007. Expediente: C-662-07. MP: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP: Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 22 de abril de 2.009. Ref.: Exp. No. 11001-31-03-026-2000-00624-01.



difusión, de lo cual será testimonio la publicación por parte de esta Universidad, del libro “Principios ALI/ Unidroit del proceso civil transnacional”, el cual se encuentra en prensa.

Pregunta No. 8. Jurisprudencia nacional, principios transnacionales y leyes modelos; contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje

En *jurisprudencia*, ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?

A pesar de que existen instituciones en nuestra legislación procesal, que coinciden con algunos principios transnacionales de procedimiento (los desarrollados por el ALI y UNIDROIT) y con los principios fundamentales del proceso, la referencia expresa de la jurisprudencia nacional a estos instrumentos es prácticamente nula; resulta destacable sin embargo, la sentencia C-713 de 2008 (que analizó la constitucionalidad de la ley 1285 de 2009), en la cual se analiza la autonomía judicial, la oralidad como mecanismo rector del proceso civil, la tendencia a la unificación de los procedimientos judiciales, el acceso efectivo a la administración de justicia, la ampliación mecanismos alternativos de resolución de conflictos y su dirección por parte del juez dentro del proceso, entre otras.

Recuérdese que los principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional centran su esfuerzo en la i). jurisdicción; ii) La independencia, imparcialidad y competencia del tribunal; iii) La igualdad y el derecho de defensa; iv) El Derecho a la asistencia letrada; vi) la Publicidad; vii) los deberes judiciales respecto de la aplicación del derecho y la apreciación de los hechos, los cuáles se armonizan con el tratamiento colombiano del derecho fundamental al debido



proceso¹⁵⁰, entendido como aquel *“que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material^{151”}*.

Similar situación acontece con las leyes modelo, de ello da cuenta la Corte Constitucional, a propósito del control de constitucionalidad de la Ley 527 de 1999¹⁵², en el que esta Corporación, puso de presente la relevancia de las leyes modelo para *“hacer las adecuaciones en los regímenes que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal¹⁵³”*.

Finalmente, debe resaltarse que la Corte Suprema de Justicia colombiana, en el ejercicio de su función jurisdiccional en materia de Acciones de grupo¹⁵⁴ ha tomado como referencia el *“Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”*, como ejemplo de protección de derechos individuales homogéneos, en cuanto a la forma de reparación del daño, en los siguientes términos: *“algunas legislaciones han implementado mecanismos como la fijación de indemnizaciones globales a favor del grupo afectado, las cuales se manejan por fondos especializados y se destinan a actividades a favor del todo, tales como promoción, educación, apoyo o reconstrucción de los bienes jurídicos afectados. Muestra de ello es la Ley brasileña*

150 Constitución Política de Colombia. Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)

¹⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia del 12 de enero de 1993. Expediente: T-001 de 1993. MP: JAIME SANIN GREIFFENSTEIN. *El derecho al debido proceso comprende los siguientes derechos: a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces (...) b) El derecho al juez natural, (...) c) El derecho a la defensa judicial, (...) d) El derecho a un proceso público, (...) e) El derecho a la independencia del juez, (...) f) El derecho a la imparcialidad del juez, (...)*”.

¹⁵² “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, la cual está basada en la “Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- sobre Comercio Electrónico”.

¹⁵³ Corte Constitucional. Sentencia del 8 de junio de 2000. Expediente: C-662-00. MP: Fabio Morón Díaz.

¹⁵⁴ Al tenor del artículo tercero de la ley 472 de 1998 son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.



7347 de 24 de Julio de 1985, así como el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica¹⁵⁵”.

Tal y como quedó expuesto líneas atrás, la posibilidad de que las partes puedan darse su propias reglas de procedimiento en el proceso arbitral, ha experimentado varias fases de evolución, teniendo como punto de partida el texto original de la Ley 270 de 1996, que en su artículo 13, permitía a los particulares darse sus propias reglas de procedimiento. La Corte Constitucional, en sede de control automático de constitucionalidad determinó declarar exequible la mencionada norma, aclarando que *“los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley”¹⁵⁶*. Posteriormente, la misma Corporación destacó la naturaleza procesal del arbitramento y en ese sentido declaró *“que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso”¹⁵⁷*.

No obstante en otros casos, la jurisprudencia constitucional ha sido más flexible frente a la potestad de los particulares en la configuración de las reglas de procedimiento en el arbitraje, así en el año 1999 la Corte precisó que *“la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros, **para lo cual***

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP: Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 22 de abril de 2.009. Ref.: Exp. No. 11001-31-03-026-2000-00624-01.

¹⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia del 5 de febrero de 1996. Expediente: C -037-96. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Expediente: C-1038-02. MP: Eduardo Montealegre Lynett.



determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley¹⁵⁸

(negritas fuera del texto).

Siguiendo la línea argumentativa de resaltar la naturaleza procesal del arbitramento, la Corte Constitucional en el año 2007, desestimó la tesis inicialmente sostenida sobre el carácter residual de la voluntad de las partes en el establecimiento de las reglas de procedimiento en el arbitraje. En esta oportunidad expresó: “...por lo tanto, a la luz de los artículos 29 y 116 de la Carta Política, **cuando los particulares no establezcan un procedimiento específico, corresponde al Legislador regular la materia**”¹⁵⁹. Basó este pronunciamiento en el artículo 112 de la ley 446 de 1998 y el 116 del decreto 1818 del mismo año, reproducción del anterior¹⁶⁰.

En el año 2009, la ley 1285, reformó el texto de la ley 270 de 1996 y en lo tocante al proceso arbitral dispuso: “Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: ...3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso”.

La disposición en comento demostró un interés explícito del legislador en que la autonomía de las partes tuviera preeminencia sobre los procedimientos legalmente establecidos, siempre y cuando no intervenga como parte el Estado y se respete el debido proceso. En sentencia C 713 de 2.008 de control automático de constitucionalidad de la ley estatutaria de la administración de justicia, ley 1285 de 2009, la Corte Constitucional dispuso la exequibilidad de la norma bajo examen, dado que los procedimientos arbitrales se rigen

¹⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 17 de marzo de 1999. Expediente: C-163-99. MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2007. Expediente: SU147-07. MP: Manuel José Cepeda.

¹⁶⁰ Reza el texto de las mencionadas disposiciones: “El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes”



esencialmente por el principio de voluntariedad, y en esa medida la autonomía privada es prevalente.

En conclusión, se puede señalar que en el campo del arbitraje nacional, la jurisprudencia (de la mano de las mencionadas reformas procesales) ha oscilado entre las tesis de la permisón y de la prohibición a los particulares para que provean sus propias reglas de procedimiento. No ha existido unidad en la materia. Empero, las últimas decisiones legales y jurisprudenciales han tendido a la contractualización de las normas procesales en el arbitramento como principio general y bajo esta óptica, existen dos clases de procesos arbitrales: el “estatal” (donde una partes es el Estado) en el que las partes no pueden modificar ni darse las propias reglas de procedimiento y el “particular” donde la citada posibilidad si es procedente (Art. 6 Num. 3 de la Ley 1285/ 2.009, mediante el cual se modificó el Art. 13 de la Ley 270/ 1.996, y Sentencia C713/ 2.008).

Pregunta No. 9 Compatibilidad del procedimiento civil con los principios ALI/ Unidroit

¿Su Derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento ALI/Unidroit? Si es así, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit, de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?

Tal y como se anticipó en la respuesta a la pregunta No. 3, el ordenamiento jurídico procesal colombiano es compatible con los principales “Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional ALI/ Unidroit”, en virtud de la existencia de lugares comunes, tales como la preocupación por la independencia, imparcialidad y competencia del tribunal, la igualdad y el derecho de defensa, el derecho a la asistencia letrada, el derecho de audiencia, así como el inicio del proceso por demanda de parte junto con amplios poderes de dirección formal y



material por parte del juez, lo que corresponde a un sistema mixto, en tanto la estructuración “tripartida del proceso”, luce como principal diferencia, puesto que ésta última es propia del *common law*”.

Adicionalmente, se reitera que las reformas procesales acaecidas en los últimos quince (15) años, a pesar de poder hacerse compatibles con los “principios fundamentales del proceso civil trasnacional”, no fueron resultado de una tarea de “armonización”; sino como respuesta a los principales problemas de la justicia en general.

Tema III. Preguntas suplementarias para los relatores nacionales de Iberoamérica

Pregunta No. 1 Código Modelo Procesal Civil

¿En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988?: a) oralidad ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.

El Código Procesal Civil Modelo (CPCM) establece un modelo mixto de actuaciones procesales, en las que se combina la oralidad con los actos escritos, por lo que su principal característica sería la de contener un trámite de audiencias¹⁶¹; Por su parte, el Código de Procedimiento Civil Colombiano (CPCC), está fundamentalmente estructurado a partir de un modelo básico denominado proceso “ordinario” eminentemente escrito, junto al cual se erigen

¹⁶¹ Los artículos 76 a 81 de la normativa modelo, se encargan de sentar las reglas que deben cumplir los escritos que alleguen las partes al proceso. Así mismo, los artículos 95 a 98 contienen las disposiciones que se aplican para el desarrollo de las audiencias, señalando, éste último, el contenido del acta que recoge lo sucedido dentro de este acto procesal.



procesos abreviados, verbales y verbales sumarios, que como su nombre indican tienden hacia la oralidad y unicidad de audiencia¹⁶². No obstante, como se indicó antes, con la nueva ley de descongestión judicial, Ley 1395 del 12 de julio de 2.010, a partir del 11 de enero de 2011 y en fecha que ha de definir el Consejo Superior de la Judicatura, desaparecerán los procesos ordinario y abreviado, los cuales serán sustituidos por los procesos verbales de mayor y menor cuantía y los verbales sumarios, todo dentro del propósito de adentrar la justicia colombiana en la oralidad. Una vez entren a operar estas modificaciones, es de esperar que tanto los jueces unipersonales como los colectivos, han de tramitar y fallar los asuntos en un proceso que tenderá más a la oralidad.

De otro lado, el CPCC, posee en su organización judicial dos tipos de jueces, unos de carácter unipersonal, y otros colegiados, cuyas funciones se encuentran determinadas por la naturaleza del asunto y la cuantía de las pretensiones, lo que permite a los colegiados conocer, en la mas de las veces, de la segunda instancia de los asuntos de mayor importancia económica; de esta forma, los **jueces unipersonales** conocen siempre de la primera instancia (y en pocos casos de la segunda instancia) de asuntos de poca o mediana importancia económica, como por ejemplo en el caso de jueces civiles municipales, jueces civiles del circuito y jueces de familia, mientras los jueces colegiados, organizados en salas de decisión civil, de familia o agrarias, integran los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en donde conocen preponderantemente de recursos de apelación y de consulta.

En cuanto a los **poderes ordenatorios e instructorios al juez**, el CPCM prevé encarga al juez importantes poderes para i) sanciones para los sujetos procesales, en los términos que señala la ley, ii) esclarecer la verdad sobre los hechos controvertidos; iii) tomar las medidas necesarias para evitar nulidades; y iv) la posibilidad consagrada en la nueva ley de descongestión judicial, Ley 1395 del 12 de julio de 2.010, en virtud de la cual, los jueces que no fallen sus asuntos en primera instancia dentro del plazo de un año, o los de segunda instancia que lo hagan en seis meses, perderán competencia para fallar y pueden ser sancionados

¹⁶² La demanda, la contestación, la proposición de excepciones previas, la demanda de reconvencción y, en general, cualquier acto que se ejerza se realiza a través de memoriales escritos que se allegan al despacho del juzgador.



disciplinariamente.. De estos deberes-poderes, sobresale la potestad del rechazo de plano de la demanda cuando esta sea manifiestamente improponible¹⁶³, siendo esto último un poder no consagrado en el CPCC, en el que son taxativas las causales para el rechazo de la demanda y sin que se contemple dicha posibilidad. Por el contrario, en la reciente ley de descongestión judicial, Ley 1395 del 12 de julio de 2.010, se desechó esa posibilidad, la cual fue ampliamente discutida en la academia y en el seno del Congreso.

Sin embargo, el juez civil colombiano cuenta con facultades disciplinarias para sancionar con multas, arrestos, expulsar de las audiencias, u ordenar la devolución de los memoriales irrespetuosos¹⁶⁴, aunado a los poderes de instrucción, (Art. 179 del CPCC decreto de pruebas oficioso) para verificar los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, con la limitación de que, en el caso de testigos, sus nombres deberá aparecer mencionados en otras pruebas o al menos otro acto procesal de las partes.

Sobre **la intermediación y concentración**, el artículo 8 de CPCM exige que las audiencias o las diligencias de prueba, deben ser presididas *“por el Tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia deba celebrarse en territorio distinto al de su competencia”*. De la misma manera, el artículo 10 del mismo cuerpo normativo dispone que *“Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos cuando se faculta para ello por la ley o por acuerdo de partes y de concentrar en un mismo acto todas las diligencias que sea menester realizar”*, consagrando así estas reglas técnicas¹⁶⁵. En el caso colombiano, aunque podría estar consagrado como ideal, no tiene mayor realización práctica y sólo podría encontrarse en la audiencia del Art. 101 del C.P.C.¹⁶⁶.

Se exceptúan legalmente de la intermediación, la comisión para la práctica de pruebas como una excepción que se justifica en la falta de competencia territorial de quien comisiona¹⁶⁷. No obstante, dicha posibilidad se ha establecido aún para los magistrados

¹⁶³ Artículos 33.1 y 112.2 del CPCM. Cfr. Las bases para la preparación del código procesal civil Modelo.

¹⁶⁴ Cfr. Artículo 39 del CPCC y 60A de la ley 270 de 1996, modificado por la ley 1285 de 2009.

¹⁶⁵ Dichas reglas técnicas también son exigidas por los artículos 95 y 96 del Código Modelo.

¹⁶⁶ Cfr. Artículo 110 CPCC

¹⁶⁷ Cfr. Artículos 31 y ss del CPCC



auxiliares del Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia, quienes por su carácter de altos tribunales, tienen competencia en todo el territorio nacional. En suma, puede comisionarse de manera irrestricta a los magistrados auxiliares de las altas cortes, sin importar que estas sean o no competentes¹⁶⁸.

El Código Modelo establece una **audiencia preliminar**, con el objeto de que las partes intenten la conciliación, sanen el proceso, acojan lo que el juez resuelva sobre excepciones previas y fijen el litigio, que la legislación colombiana ha recibido para los procesos ordinarios, abreviados y los verbales, la cual se llevará a cabo una vez esté contestada la demanda principal y, si la hubiere, la de reconvención¹⁶⁹.

Realmente, es este un acto procesal que no resulta extraño para el procesalismo nacional, y es allí donde se ven la mayor convergencia entre el CPCM y el CPCC. Adicionalmente, la ley 640 de 2001 prevé como requisito de procedibilidad de las demandas a tramitarse mediante procesos ordinarios y abreviados, la realización de una audiencia de conciliación extrajudicial en derecho como presupuesto para formular la demanda; esta exigencia se trasladará ahora a los procesos verbales, una vez entre a regir la nueva Ley 1395 del 12 de julio de 2010, de descongestión judicial, la cual prevé que desaparecerán los procesos ordinarios y abreviados y serán reemplazados por los verbales.

Los artículos 311 a 316 del CPCM regulan lo que se conoce como “**Proceso monitorio**”, el cual consiste en una estructura procesal que tiene como fin la creación de títulos ejecutivos. En efecto, el acreedor acude ante el juez con el objeto de que se confeccione este particular documento y, posteriormente, se realice la ejecución¹⁷⁰. Para la regulación procesal civil colombiana, este trámite resulta extraño, porque únicamente en dos casos permite la ejecución imperfecta, esto es, aquella que se lleva a cabo sin documento, gracias al interrogatorio de

¹⁶⁸ Cfr. Artículo 93 de la ley 270 de 1996, modificado por la ley 1285 de 2009

¹⁶⁹ Artículo 101 del CPCC

¹⁷⁰ En algunas legislaciones basta la afirmación del acreedor para poder darle curso a la estructura monitoria.



parte que absuelve el ejecutado¹⁷¹, o de las diligencias previas que tienen como objeto satisfacer la exigencia de que en el título conste una obligación clara, expresa y exigible.¹⁷²

El CPCM conoce como **procesos sociales**, los relacionados con menores de edad, asuntos laborales y agrarios, para los cuales proclama la necesidad de la inmediación, concentración, publicidad, abreviación y oralidad, además, para facilitar el acceso de los jueces *“en zonas apartadas y especialmente para los procesos sociales, la ley podrá establecer la intinerancia (sic) del Tribunal y éste disponer las sedes en que actuará”*¹⁷³. En Colombia, los procesos sociales tienen una regulación dispersa y autónoma, pues la jurisdicción agraria es regulada por el decreto 2303 de 1989¹⁷⁴, los procesos de laborales¹⁷⁵ por el Decreto-ley 2158 DE 1948, modificado por las leyes 712 de 2001 y 1149 de 2007 y los asuntos de familia por la ley 1098 de 2006 y el decreto 2737 de 1989, por lo que fuerza concluir que, respecto de este tipo de procesos no existe una regulación similar en el C.P.C.

Pregunta No. 2. Código Modelo de Procesos Colectivos

¿En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006”? a) legitimación extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones

¹⁷¹ artículos 488 y 294 del CPCC

¹⁷² la primera parte del artículo 489 del CPCC establece el reconocimiento de documento, el requerimiento para constituir en mora al deudor, la notificación a los herederos, en caso de muerte del deudor, o al deudor cuando se de la cesión del crédito.

¹⁷³ Artículo 23.2 del CPCM

¹⁷⁴ Establece esta normatividad para los asuntos agrarios una audiencia preliminar y otra para la práctica de pruebas. Consagra también, el principio de la concentración, al ordenar la cercanía de las fechas para evacuar los actos procesales.

¹⁷⁵ Los asuntos laborales se desarrollan por medio dos audiencias: una audiencia preliminar y otra de trámite y juzgamiento. Además, las actuaciones y la práctica de pruebas se llevarán a cabo por audiencias, so pena de nulidad.



Debe advertirse de entrada, que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta desde el año 1.998 con una Ley especial que regula las acciones colectivas (Ley 472/1.998 por la cual se desarrolla el Art. 88 de la Constitución Política¹⁷⁶), razón por la cual, no puede aseverarse en estricto sentido, que el “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, aprobado en el año 2006, hubiere influenciado la redacción del primer estatuto en el tema de las acciones para la protección de los derechos difusos y los derechos individuales homogéneos.

Sin embargo, un contraste entre las mencionadas disposiciones, en los temas de i) legitimación extraordinaria; ii) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; iii) anticipación de la tutela; iv) derechos individuales homogéneos; v) cosa juzgada, es posible encontrar más similitudes que contradicciones, como pasará a observarse.

De esta forma, mientras el Código Modelo prevé una sola acción genérica (Acción colectiva¹⁷⁷) para la protección de dos (2) tipos de intereses diversos, la ley 472 de 1998, prevé dos acciones separadas: la Acción popular y la Acción de grupo; la primera equivaldrá a la Acción colectiva procedente para la tutela *“de los intereses y derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base”* (art 1 CMPC), en tanto la *“Acción de grupo”* coincidiría con la *dirigida a la defensa de los intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de*

¹⁷⁶ Constitución Nacional de Colombia. Art. 88: La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

¹⁷⁷ Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Art 1o. - Ámbito de aplicación de la Acción colectiva - La Acción colectiva será ejercida para la tutela de:

I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base;

II - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.



derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase” (Art 1 CMPC) .

En el tema de la Legitimación extraordinaria, la Acción popular colombiana¹⁷⁸, es clara en conceder una titularidad amplia para su ejercicio a favor de pues cualquier persona natural o jurídica, organizaciones cívicas o populares, etc. Lo que coincide con el Código Modelo¹⁷⁹, sin embargo, mientras el Código Modelo establece que el requisito de « vinculación del grupo o la clase por circunstancias jurídicas o de hecho » puede dispensarse por el juez fundado en el *“manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido”*, el régimen colombiano, guarda silencio frente a esta posibilidad.

En la Acción de grupo prevista en el sistema colombiano, en el tema de la legitimación en la causa por activa¹⁸⁰, se prevé que cualquier persona natural o jurídica, que haya sufrido un daño junto a un número plural de personas por una causa común, puede interponer esta Acción, legitimando también a algunas instituciones y organismos públicos. En este evento, quien demanda ha de ser uno más de los perjudicados, razón por la cual podrá demandar sólo o

178 Art. 12. TITULARES DE LAS ACCIONES. Podrán ejercitar las acciones populares: 1. Toda persona natural o jurídica. 2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar. 3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su Acción u omisión. 4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, (...)5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

¹⁷⁹ Art. 30. Legitimación activa.- Son legitimados concurrentemente a la Acción colectiva: I – toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho; II – el miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos; III - el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública; IV – las personas jurídicas de derecho público interno; V – las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun aquellos sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código (...)

180 ARTICULO 48. TITULARES DE LAS ACCIONES. Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47.

El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados.

PARAGRAFO. En la Acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia Acción, ni haya otorgado poder.



en compañía de otras personas que estén en la misma situación, y en tal caso, tendrán la vocería de todos los demás miembros del grupo.

Debe resaltarse que el artículo 46 de la ley 472/ 1.998, establece una condición respecto del grupo consistente en que *“un número plural o un conjunto de personas **que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad**”* (negritas fuera del texto), lo que fue interpretado por el Consejo de Estado, como “un requisito de preexistencia del grupo », es decir que exista una situación de relación fáctica o jurídica « previa » al padecimiento del daño entre los miembros, de lo cual devendría la potencialidad de ser afectados por una misma causa.

La Corte Constitucional, en sentencia de Constitucionalidad C-569 de 2004, declaró inexecutable la expresión: *“Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad”*, al considerar que la misma iba en contravía de los derechos a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, por lo que la interpretación del Consejo de Estado quedaba a partir de tal momento, sin sustento; no obstante lo anterior, ambos regímenes normativos, convergen en la *“necesidad de determinar que sea el origen común de los intereses la circunstancia que permita darle trámite a la Acción colectiva o de grupo a la protección de estos intereses individuales”*¹⁸¹.

Requisitos de la demanda colectiva y la representatividad adecuada

El “Código Modelo” establece en su artículo 3 como requisito para ejercer la demanda colectiva, ostentar la “representatividad adecuada”, consistente en la idoneidad del demandante para representar los intereses de la colectividad o los del grupo afectado por

¹⁸¹ GUAYACÁN, J.C, *La Acción popular, la Acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, en Revista de Derecho Privado, No. 9, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 51.



daños generados por una causa común, siendo el juez el encargado de la verificación de la credibilidad, capacidad, antecedentes de quien ejerce la Acción; por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano no establece tal requisito, incluso en las acciones populares, ni siquiera se exige ser miembro de la comunidad afectada en sus derechos colectivos, en tanto en la Acción de grupo, se debe aseverar que se ha sufrido un daño y que un número mínimo de veinte (20) personas están en su misma situación.

Sin embargo, en la Acción de grupo, aunque la “representatividad adecuada” no constituya requisito para la presentación de la demanda, el artículo 52 numeral 6 de la ley 472 de 1998, obliga a que en la demanda el actor justifique “la procedencia de la acción de grupo”, al mismo tiempo que en el párrafo del artículo 53 de la misma ley, se indica que el juez al admitir la demanda “deberá valorar la procedencia de la acción de grupo”, en lo que tiene que ver con los miembros integrantes del grupo que han sufrido un daño proveniente de una causa común y que participan de unos elementos uniformes de responsabilidad. Adicionalmente, el tema de la “representación adecuada” también tiene relevancia en la etapa de la sentencia, puesto que un miembro beneficiado con el fallo favorable al grupo demandante, puede no acogerse al mismo, alegando el Art. 56 de la ley 472/1.998, esto es que *“sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo”*.

La anticipación de la tutela

El “Código Modelo”, prevé en el Art. 5 la posibilidad de deprecar la “tutela anticipada” que se pretende con la Acción colectiva, siempre que *“I - exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o II - esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado”*, mientras que el ordenamiento jurídico colombiano, no prevé esta posibilidad, aun cuando en la Acción popular se prevén amplias medidas cautelares de carácter innominado *“para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere*



*causado*¹⁸², en tanto en la “de grupo”, se erigen las cautelas del proceso civil ordinario colombiano.

Derechos individuales homogéneos

El Art. 1 del Código Modelo define este tipo de derechos como el *“conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”*, mientras la norma colombiana, a propósito de las acciones de grupo las define como *“aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”*¹⁸³.

Así las cosas, siendo una misma categoría conceptual, es claro que en las dos regulaciones existe un mecanismo procesal afín, dirigido a la protección colectiva de derechos subjetivos, aun cuando en el “Código Modelo” se define a partir del objeto de protección: los derechos individuales homogéneos, en tanto en la ley colombiana, se define a partir de los sujetos, esto es, de un número plural de personas que sufrieron un daño por una causa común.

Cosa juzgada

El inciso primero del Art. 33 del “Código Modelo” contempla que *“la sentencia hará cosa juzgada erga omnes, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier legitimado podrá intentar otra Acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba”*. De esta manera, el litigio que dio origen al litigio colectivo, no puede ser revivido “en caso de sentencia estimatoria”, mientras que, cuando el

¹⁸² Ley 472 de 1998. Art. 25

¹⁸³ Ley 472 de 1998. Arts. 3 y 46.



fallo es exonerativo, total o parcialmente, faculta a las partes a debatir el mismo litigio con base en nuevos medios de prueba.

La ley 472 de 1998, en lo tocante a acciones populares establece en su artículo 35, que *“la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general”*, sin entrar a distinguir entre hipótesis similares a las del Código Modelo. No obstante, como antes se precisó, la Corte Constitucional en sentencia C – 622 de 2007, si bien declaró exequible el citado artículo, condicionó su exequibilidad a la exigencia de que las sentencias en estos procesos hacen tránsito a cosa juzgada, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentes que pudieran variar la decisión anterior. Frente a la Acción de grupo se prevén plenos efectos de cosa juzgada respecto de quienes fueron parte en el proceso y de quienes perteneciendo al grupo no manifestaron su voluntad de excluirse del grupo y del resultado del proceso (Art. 66) aun cuando, alegando el supuesto del Art. 56, pueden sustraerse de los efectos de la sentencia por falta de representatividad adecuada o por graves errores en la notificación¹⁸⁴.

Mecanismos alternativos de solución de conflictos

Tanto en el Código Modelo, como en la ley colombiana (Ley 472 de 1998), frente a la defensa de derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos, se prevé en el proceso la terminación del litigio por conciliación¹⁸⁵. Igualmente, la práctica arbitral registra la convocatoria y decisión de un proceso promovido por unos accionistas minoritarios de un Banco contra una operación realizada por la entidad, litigio que fue decidido mediante proceso arbitral.

Liquidación de los perjuicios en acciones de grupo

¹⁸⁴ Ley 472 de 1998. Art. 56

¹⁸⁵ Ley 472 de 1998: Arts 27 y 61. Código Modelo de Procesos colectivos para Iberoamérica: art. 11.



Un aspecto de notoria diferencia entre las regulaciones expuestas, es la determinación, liquidación y ejecución del los perjuicios en las acciones dirigidas a la defensa de los derechos individuales homogéneos. En efecto, en el “Código Modelo”, se establece (Art. 22) que la condena puede ser genérica, fijándose la responsabilidad del demandado y su deber de indemnización, para lo cual se faculta al juez para calcularlo según las siguientes hipótesis: i) Por el valor individual de la indemnización debido a cada miembro del grupo; ii) A través de una fórmula matemática o fórmula de cálculo de indemnización individual siempre que los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fueran uniformes. En esta norma se deja en libertad al miembro del grupo no conforme con el monto de la indemnización individual podrá *“deducir una Acción individual de liquidación”*.

En el Art. 23 de la ley modelo, se dispone, acerca de la liquidación y ejecución individuales de la sentencia, que *“podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados a la Acción colectiva”*. Así mismo, que *“en el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante, corresponderá a éste probar, tan sólo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización”*.

De lo antedicho es dable concluir que, a pesar de tratarse de un proceso colectivo, la indemnización, liquidación y ejecución son de naturaleza individual, y que su ejecución deberá ser promovida por la parte y corresponderá a un trámite jurisdiccional.

En cambio, la ley 472 de 1998 prescribe en su artículo 65 una solución bien distinta. La indemnización será determinada siempre en la sentencia, en términos de una suma ponderada de las indemnizaciones individuales, es decir un monto global del cual se calcula por aproximación, cuánto le corresponde a cada miembro. Similar a la previsión del parágrafo segundo, del artículo 22 del Código Modelo, con la diferencia sustancial que éste se aplica por defecto y aquél como regla única. Además, se fijarán en dicha providencia, los criterios y requisitos que deberán llenar los miembros ausentes del proceso pero que quieran acogerse al fallo.



En el trámite de ejecución de la norma colombiana, es deber oficiosos del juez, pero realizado ante una autoridad administrativa: el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

Conclusión

A pesar de que el Código Modelo se expidió como un intento de unificación de los mecanismos procesales tendientes a la protección de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos para toda Iberoamérica, el caso colombiano ha tenido una génesis y desarrollo propio, fruto de su adopción legislativa y su desarrollo jurisprudencial. No obstante lo cual, deben resaltarse las coincidencias entre los dos regímenes. Adicionalmente, como se indicó, nuestra Corte Constitucional ha venido por vía de los juicios de constitucionalidad de algunas disposiciones de la ley 472 de 1998, atemperando algunas normas del Código Modelo para Acciones Colectivas preparado por el Instituto Iberoamericano para que surtan efectos en nuestra legislación, como ocurrió en el caso del artículo 35 de la ley 472 de 1998, que por virtud de la sentencia C 622 de 2007, la Corte Constitucional declaró constitucional la regulación de la cosa juzgada en procesos de acciones populares salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentes que pudieran variar la decisión.

En últimas, uno y otro sistema pretende dotar de eficacia a los derechos e intereses que el derecho ha dotado de relevancia jurídica por su papel preponderante en la sociedad actual.

Pregunta No.3. Principios, Convenciones y Pactos Internacionales

En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina



de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derecho de incidencia colectiva; etc.).

Tal y como se advirtió, los “principios de índole procesal” recogidos en los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, la Convención americana sobre derechos humanos (o Pacto de San José de Costa Rica) y el Convenio Europeo de Derechos humanos, estructuran un catalogo de garantías para las partes, en temas de igualdad de las personas ante los tribunales, el derecho a ser oído públicamente, el plazo razonable, el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, los cuáles tienen plena aplicabilidad en el ordenamiento colombiano a nivel constitucional y legal.

La influencia de tales garantías procesales se ve reflejada en la mencionada sentencia C- 774/ 2.001¹⁸⁶ relacionado con la presunción de inocencia, en la sentencia C599/ 1.992, del 10 de noviembre respecto del derecho fundamental al “debido proceso”¹⁸⁷, con base en el cual se ha logrado flexibilizar el acceso a la justicia en el plano procesal.

¹⁸⁶ MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸⁷ C. Const. C 426/2.002, del 29 de mayo. MP: Rodrigo Escobar Gil.



Adenda a la Respuesta Complementaria al Cuestionario General

TEMA: Reseña jurisprudencial sobre uso de la normativa internacional en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos con incidencia colectiva y los derechos económicos, sociales y culturales

Ramiro Bejarano Guzmán

Sumario: **1-**. La Pregunta formulada en forma de hipótesis (dos afirmaciones consecutivas); **2-** . En relación con los derechos de incidencia colectiva; **(i)** Derecho de los pueblos indígenas; **(ii)** Derecho al medio ambiente sano; **(iii)** Derecho a la información; **3-**. En relación con los derechos económicos, sociales y culturales; **(i)** Derecho a la educación; **(ii)** Derecho a la Salud; **(iii)** Derecho a la seguridad social; **(iv)** Derecho a una vivienda digna; **(v)** Derecho de los sujetos discapacitados; **(vi)** Derecho al mínimo vital: subsidio de empleo; **(vii)** Derecho de los migrantes; **4-**. Breves conclusiones en relación con las dos afirmaciones consecutivas de la pregunta

1. La Pregunta formulada en forma de hipótesis (dos afirmaciones consecutivas)

La pregunta formulada en el último mensaje busca constatar dos afirmaciones consecutivas que pretenden demostrar una hipótesis en relación específica con los:



- a. “derechos de incidencia colectiva”
- b. “derechos económicos, sociales y culturales” (de ahora en adelante DESC)

(primera afirmación)

En la jurisprudencia que se ha ocupado de estas dos categorías de derechos, se pueden identificar sentencias colombianas que recogen (citan) “principios de las convenciones internacionales, y aún la propia doctrina de los tribunales internacionales”.

De ser verdadera (al menos parte de) la primera afirmación, entonces, constatar si es verdadero que:

(segunda afirmación)

En esas providencias que recogen (citan) las convenciones internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales se ha verificado, precisamente con base en dicha normativa, una interpretación y una creación *pretoriana* (activismo judicial) de “derechos y situaciones procesales preferentes”. En pocas palabras, mediante la citación de instrumentos normativos internacionales (jurisprudencia, pactos, convenciones, etc.) se verifica la creación y/o la sedimentación eficaz de interpretaciones dirigidas a consolidar *remedios* procesales específicos que garanticen la tutela de derechos (*a* y *b*) vulnerados o en vía de vulneración.

2. En relación con los derechos de incidencia colectiva

Como ya fue precisado en la primera respuesta a esta aclaración, en Colombia, el mecanismo procesal prescrito para la tutela de los así llamados derechos colectivos es la acción popular. En la respectiva jurisprudencia, sin embargo, los jueces no han citado normatividad internacional como instrumento argumentativo de sus decisiones.



Ahora bien, dado que no es la acción procesal la que determina la “incidencia colectiva” de los derechos, sin duda, por vía de acciones individuales, por ejemplo la acción de tutela, o por vía de las decisiones de acciones públicas de inconstitucionalidad, los jueces colombianos resuelven controversias en relación con derechos que tienen una indudable “incidencia colectiva”.

En estos términos, si, de un lado, por vía de las acciones populares el juez colombiano ha proveído a tutelar por conexidad los DESC¹ y los derechos fundamentales, por otro lado, en el caso de controversias individuales, los jueces colombianos en sus decisiones también han fijado criterios jurisprudenciales en relación con la tutela y el contenido de derechos colectivos.

En estas decisiones los jueces han citado, sea en la forma de *ratio decidendi*, sea como *obiter dicta*, normativa internacional para justificar sus propias decisiones.

(i) Derecho de los pueblos indígenas

La jurisprudencia relativa a la tutela de los derechos de los pueblos indígenas, considerados muchos de ellos como derechos colectivos, es un claro ejemplo del fenómeno apenas descrito, aún cuando los pronunciamientos se verifiquen en decisiones que resuelven acciones de carácter individuales.

Así, en la famosa sentencia de tutela de la Corte Constitucional **T-523/97**, con ponencia de Carlos Gaviria, en relación con la precisión del contenido del derecho a la tutela de la diversidad étnica y cultural (cuya incidencia colectiva ha sido resaltada por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia) y, particularmente, para establecer si una sanción impuesta por la autoridad indígena a uno de los miembros de la comunidad, “el fuate”, era constitucional, o si, por el contrario, era una tortura y/o un trato degradante, la Corte Constitucional cita la Convención

¹ Sobre este punto remito a la primera respuesta a esta aclaración. Vale la pena señalar, además, que la incidencia colectiva de los DESC es innegable, aun cuando se trata de derechos que la legislación y jurisprudencia colombiana han nominado como estrictamente individuales. Sobre el empleo de normativa internacional para garantizar la tutela de los DESC remito al tercer punto de esta adenda.



contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes y la sentencia *Tyer* proferida por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Ambos reenvíos son empleados para justificar la decisión de la Corte constitucional de considerar “el fuente” como una pena que, contrario a cuanto afirmaba el accionante, no puede ser calificado con tortura o trato degradante, en razón del contenido atribuido por la propia Corte a los derechos de los pueblos indígenas.

En el mismo pronunciamiento, esta vez para decidir si otra de las sanciones impuestas al accionante, esta es, el destierro del territorio indígena, era conforme a la Constitución, la Corte citó El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5) para precisar como la prohibición del destierro (art. 38 de la Constitución) se aplica sólo al territorio del Estado y no al territorio indígena y, entonces, para afirmar que la imposición de la sanción del destierro por parte de la autoridad indígena es conforme a la Constitución.

En fin, en términos generales, y para legitimar el ejercicio de la potestad punitiva de las autoridades indígenas frente a miembros del grupo, la Corte cita el Convenio 169 de la O.I.T que en su artículo 9º prescribe que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Otro pronunciamiento referido a la misma categoría de derechos (específicamente para precisar el contenido del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas), la Corte Constitucional en la sentencia **T-979/06**, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, cita el Convenio 169 para precisar que su Parte Primera resalta y ratifica la importancia del derecho al autogobierno y a la autonomía política de los pueblos indígenas y tribales (art.2, art. 4, art. 8).

En la sentencia **T-379/03**, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, la Corte, entre otras cosas, prescribió, con base nuevamente en el Convenio 169 de la OIT (art. 24), y con el objetivo de garantizar el DSEC a la salud y a la seguridad social, prescribe, garantizando al mismo tiempo



derechos colectivos de las comunidades indígenas, que “el derecho de las comunidades indígenas a escoger en forma libre e independiente la institución que administrará los recursos del régimen subsidiado de salud, del cual son destinatarios, es trasunto de su autonomía y tiene por finalidad conservar su integridad y unidad socio-cultural”.

Nuevamente, y con expresa referencia a la sentencia **T-979/06**, en el pronunciamiento **T-703/08**² con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, mediante el empleo del concepto de *Bloque de Constitucionalidad* (para precisar, en consonancia con reiterada jurisprudencia constitucional, que del mismo hace parte el Convenio 169 de la O.I.T.), la Corte cita el artículo 77 para prescribir que “existe para las autoridades colombianas la obligación de adelantar medidas tendientes a garantizar el respeto de la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas, así como la prohibición de intervenir en asuntos propios de la esfera de gobierno de la comunidad”.

E la misma sentencia, con el objetivo de precisar bajo qué criterios un sujeto puede ser considerado como miembro de una comunidad indígena, la Corte Constitucional cita el art. 1.2. del Convenio 169 O.I.T en el contexto de la fijación del contenido del derecho al autoreconocimiento de los pueblos indígenas.

(ii) Derecho al medio ambiente sano

En relación con otro tipo de derechos colectivos, derecho al Ambiente Sano, la Corte Constitucional en el caso de una demanda pública de inconstitucionalidad, sentencia **C-443/09**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, mediante la citación de variada doctrina y normativa internacional, aplica a este derecho el principio de progresividad propio de los DESC.

Así, en primer lugar, y en relación con el principio de progresividad de los derechos, la Corte reitera una tendencia jurisprudencial que ha sido, como se verá más adelante, aplicada

² Esta sentencia, además, resultará relevante en la tercera parte de esta adenda en relación con la tutela de los DESC, particularmente la tutela del derecho a la educación (ver punto tercer de esta adenda).



principalmente al escenario de los DESC³. Para este fin cita fuentes normativas internacionales (que hacen parte del bloque de constitucionalidad) como el art. 2.1 del PIDESC (del que se desprende dos contenidos complementarios: gradualidad y progreso o prohibición de regresividad), el art. 1.1. del Protocolo de San Salvador y el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescriben, en diferentes términos, la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los DESC⁴.

En esta sentencia, además de reiterar el carácter relativo de la prohibición de regresión con base en su propia jurisprudencia (**C-038/04**) y en la doctrina interpretativa elaborada por el Comité de DESC, la Corte lleva a cabo un análisis específico sobre la naturaleza del derecho al ambiente sano. Así, si bien la Corte reconoce que normativamente en Colombia este derecho es nominado como colectivo, en el art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC “Protocolo de San Salvador”, el Derecho a un Ambiente Sano es prescrito con la naturaleza de DESC y, entonces, señala la Corte, “a pesar de que en nuestro ordenamiento constitucional este derecho [derecho a un ambiente sano] tiene el carácter de un derecho colectivo esta naturaleza no excluye la aplicación del principio de progresividad, debido a que precisamente el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1.1, señala la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Además la Corte prescribe (en consonancia con la posición de la Corte expresada en la sentencia **C-038/04** y **C-257/08**) que la doctrina internacional interpretativa de la normativa internacional, salvo que la Corte, caso por caso, considere lo contrario, no hace parte del Bloque de Constitucionalidad. En estos términos, así como en la sentencia **C-038/04** la Corte no dio valor vinculante, sino sólo de doctrina internacional relevante, a las Observaciones Generales del Comité de DESC y a los Principios de Limburgo y Maastricht, en este caso la Corte

³ Ver punto tres de esta Adenda

⁴ Sobre este aspecto se regresará en el tercer punto de esta adenda.



hizo lo propio en relación con la Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, la Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, la Convención sobre diversidad biológica y la doctrina internacional sobre el PIDESC.

(iii) Derecho a la información

Finalmente llama la atención como la Corte Constitucional ha reconocido la “incidencia colectiva” de derechos que tradicionalmente son considerados principalmente como derechos individuales de naturaleza fundamental. Me refiero, por ejemplo, a la Libertad de expresión, respecto del cual, y por medio de referencias a normativa y doctrina internacional, la Corte en la sentencia **T-391/07** con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, prescribe, no sólo la dimensión individual, sino también colectiva de la libertad de expresión.

Así, y con referencia explícita a la Corte Interamericana (cita expresamente el caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros), sentencia del 5 de febrero de 2001, al tiempo que reenvía al caso de Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001 y al caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004) y a una opinión consultiva (OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30 sobre “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”)), precisa que la dimensión colectiva *«implica también (...) un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno»,* o *“el derecho de todas [las personas] a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”*. Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ha de ser protegida en forma simultánea con ésta: *“La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”*».



3. En relación con los derechos económicos, sociales y culturales

Si bien no es posible adelantar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia colombiana, si es posible identificar varias providencias, principalmente de la Corte Constitucional, donde, con base en el concepto de Bloque de Constitucionalidad, se cita expresamente, algunas veces como *ratio decidendi* y otras tantas sólo como *obiter dicta*, normativa internacional, con el objetivo de justificar determinadas decisiones dirigidas a tutelar principalmente DESC. Dichas citas (o, mejor, las interpretaciones de los respectivos enunciados normativos) son empleadas, sea con el objetivo de subsumir una determinada situación jurídica en el elenco de los DESC, sea con el objetivo de ampliar el contenido de un DESC reconocido como tal en la normativa colombiana, sea, en fin, con el objetivo de precisar el alcance y la relevancia de la tutela de los DESC y el alcance de determinados remedios aptos para adelantarla.

Específicamente la jurisprudencia constitucional con base en el concepto de Bloque de Constitucionalidad ha legitimado el empleo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales para consolidar, así, los principios de Progresividad y de No Regresión en el análisis de la tutela de los DSEC. En efecto, una constante en la jurisprudencia que se analizará a continuación (y alguna de la ya analizada: ver C-443/09 en el anterior numeral) es la constatación teórica según la cual, con base en la interpretación (no sólo) del PIDESC, las medidas enderezadas a ampliar la garantía de los DSEC se justifican, y se imponen como deber a cargo del Estado (en la medida de lo posible pero hasta el máximo posible), precisamente en razón del carácter progresivo de estos derechos: por ejemplo en la sentencia C-393/07, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, donde se cita el numeral 1º del art. 2º del PIDESC y la doctrina del Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, particularmente la Observación General N° 3⁵.

⁵ “En ese caso, como en otros, la Corte prescribe que «Sobre los deberes del Estado en materia de derechos sociales es esclarecedor el numeral 1º del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual dispone que cada uno de los Estados Partes de ese Pacto “se compromete a



Sin embargo, esta posición jurisprudencial ha sido modificada en relación con varios DESC, al considerar que estas situaciones subjetivas pueden ser consideradas como derechos estrictamente fundamentales (no obstante tenga una faceta prestacional) y, entonces, su justiciabilidad puede operar por vía del ejercicio de la Acción de Tutela (por ejemplo en algunas situaciones específicas referidas al derechos a la salud, a la vivienda digna y a la seguridad social), relativizando de este modo, y en casos concretos, el principio de la progresividad, mediante la imposición de garantías inmediatas a estos derechos considerados como fundamentales⁶.

En el presente análisis, se hará referencia a específicos DESC donde el reenvío a normativa internacional (convenios, acuerdos, sentencias, etc.) y a la doctrina interpretativa de la misma, ha sido particularmente relevante en la argumentación de la Corte.

(i) Derecho a la educación

adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Esta norma del PIDESC, que forma parte del bloque de constitucionalidad, ha sido interpretada por el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación General N° 3, en el sentido de que **“aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de las limitaciones de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato.”** Entre ellas está la de “adoptar medidas”, las cuales “deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.”

En la misma Observación, el Comité del Pacto anotó que cuando la norma citada habla de adoptar medidas “para lograr progresivamente ... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]” se está admitiendo que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general “no podrá lograrse en un breve período de tiempo.” Empero, al mismo tiempo observa que el hecho de que se plantee en el Pacto la progresiva efectividad de los derechos sociales “no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo (...) La frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad, la razón de ser del Pacto que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.” (negrilla fuera del texto)

⁶ Sobre este punto remito a la jurisprudencia citada en este numeral y a las conclusiones.



En la ya citada sentencia de tutela **T-703/08**⁷, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa (ver numeral 2 de esta adenda), la Corte se ocupa de la garantía del derecho a la educación, específicamente, del derecho a la educación de las minorías, garantizado (también) legislativamente en Colombia mediante una Acción Afirmativa del Estado que asegura cupos mínimos a los indígenas en las universidades del país.

Como ya se precisó anteriormente, el tema por resolver es cómo un indígena puede probar que hace parte de una determinada comunidad y así acceder a los beneficios prestacionales para la garantía del derecho a la educación. Ya se precisó como por medio de la referencia al art. 1.2. y el art. 77 del Convenio 169 O.I.T la Corte garantiza el principio del autogobierno de los pueblos indígenas y el deber del Estado de garantizar la autonomía de los mismos y (citando la parte primera del Convenio) proveer las medidas encaminadas a promover la plena efectividad de sus DESC.

Con estos fundamentos normativos internacionales la Corte establece que no es ciertamente un registro ante el gobierno, o un censo de la dirección de Etnias, lo que determina la pertenencia de un individuo a una comunidad indígena, sino es la propia comunidad la que en ejercicio de su autonomía fija los criterios para acreditar sus propios miembros, aún cuando la Universidad, también en ejercicio de su propia autonomía, fije como requisito el comparecer en el censo estatal de las comunidades indígenas. Esto porque un requisito de este tipo para acceder a los cupos universitarios a comunidades o grupos poblacionales con condiciones especiales resulta gravoso, desproporcionado y, además, contrario a los principios de diversidad étnica y cultural y a la autonomía de las comunidades indígenas.

En relación con las comunidades afrodescendientes, en la sentencia **T-1261/08**, con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, la Corte se ocupa del derecho a la educación en el marco de los cupos especiales reservados a esta comunidad como manifestación de una Acción Afirmativa por parte del Estado.

⁷ Esta sentencia, además, resultará relevante en la tercera parte del trabajo en relación con la tutela de los DESC, particularmente el derecho a la educación (ver punto dos de esta adenda).



La Corte precisa en primera instancia el deber (de origen constitucional y legislativo) a cargo del Estado de tomar las medidas dirigidas a garantizar la participación de las comunidades negras en programas de formación técnica, tecnológica y profesional. La justificación de esta medida, señala la Corte, se encuentra también en normativas internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad: arts. 26 y 27 del Convenio 169 de la OIT relativos a la garantía del derecho a la educación de los pueblos en el respeto de su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

En esta ocasión la Corte resalta, con fundamento en la propia jurisprudencia (**SU-624/99, T-933/05**), como la autonomía universitaria (en el caso particular la fijación del costo de las matriculas) puede ser en ocasiones desproporcional frente a la garantía del derecho a la educación. Así, en el caso concreto, la Corte impone a la Universidad hacer una nueva valoración en atención a la situación económica subjetiva del accionante.

(ii) Derecho a la Salud

En la sentencia de constitucionalidad **C-811/07**, con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte incluye en la cobertura del plan obligatorio de salud a las parejas del mismo sexo.

Para tal fin, es decir, para garantizar el derecho a la salud (que es un DSEC), la Corte construye una argumentación con base en la garantía de derechos individuales fundamentales (como la no-discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc.), según lo prescrito por la sentencia **C-075/07** y, entonces, según lo prescrito por diferente normativa internacional que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, referida principalmente a los derechos prescritos por el art. 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y (aunque no vinculante en cuanto no considerado como parte del Bloque de



Constitucionalidad) según los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas donde se señala, no sólo que la prohibición de discriminación en razón del sexo se entiende, también, como la prohibición en razón de la orientación sexual, sino que cuando una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo no se construye sobre bases razonables y objetivas “la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto”.

Otro caso, la sentencia **T-760/08**, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, presenta un análisis muy específico sobre la garantía concreta del derecho a la salud en Colombia mediante la fijación de todos los criterios normativos para la garantía del derecho, cuya naturaleza de derecho fundamental es confirmada de manera enfática, no sólo para conceder, de este modo, y no obstante su contenido prestacional, la posibilidad del ejercicio de la Acción de Tutela, sino también para no condicionar necesariamente, y en todos los casos, la garantía del derecho a la salud a los principios de gradualidad y progresividad (permitiendo así, y en casos específicos, la protección inmediata y total del derecho vulnerado).

Más allá de la gran cantidad de especificidades, incluso técnicas, de esta sentencia, lo importante resulta ser, para efectos de la presente respuesta, la extensa referencia a todos los instrumentos internacionales que justifican la decisión. En efecto, además de las constantes citas y reenvíos a las disposiciones internacional con efecto vinculante, y no vinculante (principalmente a la Observación General No 14 (2000) del CIDESC sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”), la sentencia está acompañada por un extenso anexo de más de 45 páginas que contiene de forma muy detallada la evolución del derecho a la salud en los principales instrumentos internacionales y regionales, de donde se desprende, precisa la Corte, que “definir el derecho a la salud como derecho fundamental es compatible con el lugar y la trascendencia de éste derecho en el ámbito internacional y regional”.

En la sentencia de tutela **T-1243/08** con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, como ejemplo de una ya reiterada jurisprudencia en relación con la garantía del derecho a la salud (principalmente la ya citada sentencia de tutela **T-760/08**), la Corte fija el contenido de este derecho y, sobre la base de la interpretación del art. 12 del PIDESC, que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y con base en las



interpretaciones a esta normativa elaboradas por el Comité de DESC en la Observación General No 14, prescribe como, en cierto casos concretos, para garantizar la efectividad del derecho, el juez deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

En la sentencia **T-274/09**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, en la misma línea jurisprudencial de garantía del derecho a la salud en su calidad de servicio público y derecho fundamental con amplio contenido prestacional⁸, la Corte cita nuevamente el art. 12 del PIDESC en relación con la garantía del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, que interpreta en el sentido de imponer una labor permanente de actualización y perfeccionamiento en la prestación del derecho a la salud. Igualmente cita como doctrina al Comité de DESC, particularmente la Observación general número 14 del mismo Comité.

Con base en esta normativa internacional y en reitera jurisprudencia, así como atendiendo a la Observación General No 7 del CIDESC, que prescribe la obligación de diseñar acciones judiciales que garanticen la justiciabilidad de los DESC, en esta sentencia se especifica un criterio necesario para poder interponer la Acción de Tutela, aún cuando no se verifique la conexidad entre derechos. De este modo se prescribe, en líneas generales, que la Acción de Tutela será viable en aquellos casos de violación de aquellos derechos inmersos en el derecho a la salud, cuyo contenido se considera esencial para la vida del accionante. En el caso particular se considera que el derecho al diagnóstico es uno de ellos.

(iii) Derecho a la seguridad social

En la sentencia **T-580/07**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte se interroga si es posible ordenar la protección del contenido específico de la progresividad del

⁸ En la sentencia **T-063/07** (ver el derecho de los sujetos discapacitados) con ponencia del mismo magistrado, la Corte ya señalaba que “esta Corporación ha precisado que este derecho puede transformarse en un derecho subjetivo y bajo determinados supuestos puede entenderse como un derecho fundamental. Tales eventos tienen lugar (i) en razón de su conexidad con otros derechos fundamentales (ii) frente a sujetos de especial protección constitucional como los niños, las personas con discapacidad y los adultos mayores, y (iii) como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido mínimo”.



derecho a la seguridad social (la pensión de invalidez en el caso concreto) por vía de la Acción de Tutela.

La Corte resalta, no sólo el carácter de servicio público esencial que tiene la seguridad social en lo relacionado con la salud, sino que la misma es un derecho constitucional, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado según las voces del art. 48 de la Constitución.

Además, para resaltar el carácter de derecho protegido por el PIDESC la Corte cita, junto a variada normativa internacional⁹, el numeral 26 de la Observación General número XX del CIDESC que sostiene que, si bien el art. 9 del Pacto, al reconocer la seguridad social como derecho no prevé el nivel de protección, se entiende incluida de forma implícita la protección contra cualquier riesgo que “ocasiona la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas”.

Para efectos de la garantía de estos derechos en los términos previstos por los instrumentos internacionales, la Corte enfatiza (siguiendo la sentencia **T-041/06**) que la distinción entre derechos fundamentales y DESC es meramente académica y su función explicativa no puede ser empleada como criterio judicial orientado al “establecimiento de la contextura de un cierto derecho”. En estos términos, la Corte priva de valor diferenciante la distinción entre derechos prestacionales y derechos no-prestacionales con base, también, en la Observación número 5 del Comité de los Derechos del Niño que precisa que “No hay ninguna división sencilla o digna de fe de los derechos humanos en general, o de los derechos reconocidos por la Convención en particular, en esas dos categorías de derechos (...) El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales está indisolublemente unido al disfrute de los derechos civiles y políticos”.

Con estas premisas interpretativas la Corte prescribe, con base también en previos pronunciamientos (sentencias **SU-599/99**; **T-406/92**; **T-462/92**; **SU-111/97** y **SU-995/99**), que si bien en principio la acción de tutela no es viable como instrumento para garantizar la

⁹ “artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, finalmente, el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”



justiciabilidad del derecho a la seguridad social, en ciertos supuestos concretos ((i) la transmutación del derecho, (ii) la conexidad con un derecho fundamental, (iii) o en la afectación del mínimo vital), la acción de tutela puede ser interpuesta para pretender la protección del derecho a la seguridad social, dada la prescripción normativa del CIDESC que, según la Observación General número 7 del Comité, consiste en el deber de los Estados de tener presente que asegurar la justiciabilidad de un derecho es relevante para asegurar su eficacia.

En fin, la Corte también cita otros instrumentos internacionales con el objetivo de definir el espectro de protección que garantizan los derechos sociales. Así, hace referencia al art. 2 del PIDESC, al art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al Protocolo de San Salvador. De estas disposiciones y de los comentarios interpretativos elaborados por el CIDESC se desprende, en el sentir de la Corte, el principio de progresividad (prescrito por la Constitución en el art. 48) que supone, al mismo tiempo, el deber de garantizar un mínimo esencial cuya garantía, como ya se precisó, se puede exigir por vía de la Acción de Tutela.

Llama la atención la sentencia **C-336/08** con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, donde se reconoce, mediante una sentencia de constitucionalidad interpretativa, el derecho a la pensión de sobreviviente de la pareja homosexual.

Esta sentencia es particular en cuanto su argumentación está dirigida a garantizar el derecho a la previsión social (expresión del derecho a la seguridad social que es un DESC según el art. 48 de la Constitución) se construye con base, no sólo en sentencias de la misma Corte (**C-075/07** y **C-811/07**, ver (ii) de este numeral), sino también en la interpretación de normativa internacional referida a derechos tradicionalmente considerados como fundamentales: derecho a la no discriminación, derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.

Así, la Corte Constitucional cita el artículo 26 del protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo relacionado con la prohibición de cualquier tipo de discriminación en razón (entre otras circunstancias) del sexo; de igual modo, la Corte hace referencia a la doctrina del Comité de Derechos Humanos que ha precisado como la locución 'orientación sexual' está incluida dentro del significado adscrito al término 'sexo' y, en fin, hace



referencia a la Comunicación del Comité de Derechos Humanos en el caso *Young vs. Australia* (Comunicación No 941/2000: Australia 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000).

(iv) Derecho a una vivienda digna

En la sentencia de tutela **T-585/08** con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte precisa, siguiendo la misma línea jurisprudencial en relación con el derecho a la salud, que el derecho a la vivienda digna en casos excepcionales puede ser considerado como derecho fundamental (aún cuando no opera el principio de conexidad) y, en esa medida, es viable la acción de tutela. Es decir, aún cuando el contenido del derecho de vivienda digna es principalmente prestacional y su garantía requiere acciones positivas del Estado, las mismas pueden ser impuestas a cargo del presupuesto del Estado cuando el accionante sea de bajos recursos económicos, sin importar que en el caso particular no se verifique una afectación directa de un derecho fundamental tradicional. Lo mismo sucede cuando el contenido abstracto del derecho a la vivienda digna se concretiza en un derecho subjetivo cierto (por ejemplo los casos relacionados con el no-desembolso de subsidios de vivienda ya otorgados), esto en razón del criterio de transmutación (ver sentencia **SU-599/99** y **SU-111/97**).

Esta sentencia se construye con base en la jurisprudencia relativa al derecho a la salud y al derecho a la seguridad social que supera (relativiza) la distinción radical entre los diferentes tipos de derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales, derechos que indistintamente deben ser garantizados en razón de la estrecha relación entre la dignidad humana y los DESC.

Para esta argumentación la Corte hace referencia al art. 22 de la Convención Universal de Derechos Humanos (que prescribe que “toda persona tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”) y al art. 3 del



PIDESC (que prescribe que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”).

Ya en relación específica con el derecho a la vivienda digna, la Corte cita (sumado al art. 51 de la Constitución) el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 11 del PIDESC (sumado a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Apartado iii del párrafo e) del artículo 5), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (párrafo 2 del artículo 14), Convención sobre los Derechos del Niño (párrafo 3 del artículo 27), la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (artículo 10), la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (párrafo 8 de la sección III), la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (párrafo 1 del artículo 8) y la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores).

De esta forma, y con base en dicha normativa internacional y en jurisprudencia constitucional reiterada sobre los DESC (por ejemplo la sentencia **T-016/07**¹⁰ con ponencia igualmente de Humberto Antonio Sierra Porto), la Corte justifica la calificación de fundamental del derecho a la vivienda digna y la viabilidad de la acción de tutela.

En el mismo sentido, la sentencia **C-444/09**, con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte profundiza la tendencia jurisprudencial en relación con el derecho a una vivienda digna. Para tal fin, reiterando la jurisprudencia, la Corte señala como la precisión del contenido del derecho a la vivienda digna se ha construido (en aplicación del art. 93 de la Constitución) con

¹⁰ “[L]a implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.”



base en los tratados internacionales de derechos humanos, particularmente el PIDESC y las interpretaciones que de éste ha hecho su órgano autorizado, es decir, el CIDESC de la ONU.

Así, la Corte hace referencia al art. 11 del PIDESC que reconoce, entre otros derechos, el derecho de toda persona y su familia a la vivienda adecuada, al tiempo que impone el deber a los Estados para tomar las medidas apropiadas para asegurar la efectividad de los derechos allí reconocidos. En relación con los requisitos para que la vivienda pueda ser considerada como adecuada la Corte cita la Observación No. 4 del CIDESC que precisa, entre otras cosas, y citando a su vez a la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda, que “el concepto de vivienda adecuada [...] significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

En fin, en esta sentencia la Corte reitera (siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre salud y seguridad social, construida, como ya se ha precisado varias veces en esta Adenda, con base, también, en instrumentos internacionales) como los DESC, no obstante sean derechos prestacionales cuya garantía es progresiva (y responde entonces al principio de no regresión), muchas veces presentan facetas que permite considerarlos como derechos fundamentales. Así, y con mayor razón en el caso de la categoría de los Sujetos Desplazados, la Corte confirma el carácter de fundamental del derecho a la vivienda digna, y entonces justiciable por vía de la acción de tutela, no obstante se trate de un derecho prestacional (como, en efecto, se precisó también en la sentencia **T-1318/05**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto y en la sentencia **T-487/06** con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra).

(v) Derecho de los sujetos discapacitados



En la sentencia **C-076/06**, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, la Corte resuelve una demanda de inconstitucionalidad contra una norma que prescribe la prohibición para acceder al concurso de notario a los sordos, mudos y ciegos.

La Corte señala, con base en reiterada jurisprudencia, el deber del Estado, no sólo de remover las normas discriminatorias y abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas y sensoriales, sino también, y en desarrollo del principio de no discriminación, de adoptar medidas de diferenciación positiva (acciones positivas) que permita a los discapacitados acceder en condiciones de igualdad al goce de sus derechos fundamentales y, en fin, la obligación de promover prácticas de inclusión social.

Como parte de su argumentación, la Corte lleva a cabo un análisis de la normativa de otros países (por ejemplo Estados Unidos, España, Portugal) en lo relacionado con la tutela de las personas sensorial y físicamente desventajadas. Igualmente, y es cuanto aquí interesa, hace referencia a la normativa internacional, particularmente, La Declaración de los Derechos de los Impedidos (ONU, 9 diciembre de 1975), el Convenio 159 de 1994 OIT sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas, el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad que prescribe, entre otras cosas, la obligación del Estado de adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración (art. III-1).

Con base en esta normativa y en las leyes que las adoptan, la Corte concluye que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable respecto de las funciones esenciales del cargo que se va a desempeñar. Bajo esta premisa, la Corte en el caso concreto de los notarios declara inconstitucional la prohibición a los sordos y a los mudos y constitucional la prohibición a los ciegos, en razón de las funciones propias del notario.



En las sentencia **T-063/07** con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte analiza el tema del derecho a la salud de las personas discapacitadas. Para este análisis, y con el fin de precisar el significado del término ‘discapacitado’, cita la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas Discapacitadas. Para precisar que se entiende por ‘el nivel más alto de salud’ cita la Observación General N. 5 sobre los derechos de las personas con discapacidad del CDESC.

En fin, con base en jurisprudencia ya analizada, la Corte precisa el carácter de fundamental del derecho a la salud, particularmente en el caso de las personas con discapacidad y, entonces, su justiciabilidad por vía de la acción de tutela¹¹.

En la sentencia **T-1248/08**, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, en lo relacionado con la protección de las personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales, la Corte hace referencia (reiterando la tendencia jurisprudencial) a la Observación General N. 5 del CDESC para resaltar el claro deber a cargo del Estado, e impuesto por el PIDESC, consistente en la realización progresiva de los derechos consagrados a favor de la población con dichas limitaciones, teniendo en consideración el concepto de igualdad material y en atención a las condiciones particulares de los sujetos que, a su vez, justifican la creación criterios diferenciadores como acciones afirmativas del Estado. En relación con este último punto cita, además de la sentencia **C-371/00**, el art. 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que dispone que la adopción de medidas especiales de carácter temporal para acelerar la igualdad entre hombres y mujeres no es discriminatoria.

(vi) Derecho al mínimo vital: subsidio de desempleo

¹¹ Sobre este punto ver el pie de página número 8 de esta adenda y las sentencias citadas al respecto los acápites sobre el derecho a la salud y a la seguridad social..



En la ya cita sentencia de constitucionalidad **C-393/07**, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, con base, también, en el numeral 1º del art. 2º del PIDESC y la doctrina del Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, particularmente la Observación General N° 3, la Corte Constitucional impone al Estado el deber de cumplir con las disposiciones legales tendientes a garantizar el subsidio de empleo temporal en atención al principio de progresividad del derecho al mínimo vital.

(vii) Derecho de los migrantes

En la sentencia **C-288/09**, con ponencia de Jorge Iván Palacio Palacio, en la revisión previa de constitucionalidad (art. 241, numeral 10, de la Constitución) del Estatuto Migratorio Permanente entre Colombia y Ecuador del 24 de agosto de 2000 y la ley aprobatoria (ley No. 1203/08), la Corte declara constitucional, tanto el tratado, como la ley, sobre la base de su conformidad con la normatividad internacional. Para este efecto, hace referencia al artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 3º y 9º del protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos humanos o Protocolo de San Salvador; el artículo 2º de la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

4. Breves conclusiones en relación con las dos afirmaciones consecutivas

En relación con la pregunta complementaria, reformulada en este escrito en la forma de dos afirmaciones consecutivas, a manera de conclusión se formulan las siguientes reflexiones.

(i) La primera afirmación es verdadera



En efecto, en relación específica con los “derechos de incidencia colectiva” y los “derechos económicos, sociales y culturales” (de ahora en adelante DESC) es verdadero que

En la jurisprudencia que se ha ocupado de estas dos categorías de derechos, se pueden identificar sentencias colombianas que recogen (citan) “principios de las convenciones internacionales, y aún la propia doctrina de los tribunales internacionales”.

(ii) La segunda afirmación es, aunque no en estricto sentido, verdadera

La afirmación:

En esas providencias que recogen (citan) las convenciones internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales se ha verificado, precisamente con base en dicha normativa, una interpretación y una creación pretoriana (activismo judicial) de “derechos y situaciones procesales preferentes”. En pocas palabras, mediante la citación de instrumentos normativos internacionales (jurisprudencia, pactos, convenciones, etc.) se verifica la creación y/o la sedimentación eficaz de interpretaciones dirigidas a consolidar remedios procesales específicos que garanticen la tutela de derechos con incidencia colectiva DESC vulnerados o en vía de vulneración,

no es, en estricto sentido, verdadera en cuanto las decisiones jurisprudenciales citadas en los numerales 2 y 3 de este escrito no crearon “derechos y situaciones procesales preferentes”, al menos no en la forma de los ejemplos formulados en la solicitud de aclaración.

Sin embargo, una contaste sobre el activismo de los magistrados de la Corte Constitucional es evidente:

(a) El uso (y el enriquecimiento del contenido) del Bloque de Constitucionalidad como instrumento normativo legitimador del empleo, con fuerza vinculante, de la normativa y



la jurisprudencia internacional y (aunque sin fuerza vinculante) de los pronunciamientos de los legítimos interpretes de varios de los instrumentos internacionales empleados.

(b) La progresiva superación, de forma tácita (especialmente en el caso de las sentencias sobre derechos con incidencia colectiva) y expresa (casi siempre en el caso de los DESC), de la distinción entre derechos, al menos en lo que respecta a la legitimación activa de los titulares de estos derechos para el ejercicio de la Acción de Tutela.

- En efecto, en el caso de los derechos de los pueblos indígenas, la Corte, resolviendo casos evidentemente de naturaleza individual adelantados por vía de acción de tutela, emplea instrumentos internacionales referidos a derechos colectivos.
- En el caso del derecho ambiente, por ejemplo, la Corte (en cambio) aplica nociones propias de los DESC, en concreto el principio de progresividad, a los conceptos de derechos colectivos, diluyendo de esta forma la distinción entre ambos tipos de derechos, en beneficio de la aseguración de la justiciabilidad del derecho colectivo en cuestión.
- En el caso de los DESC una constante salta a la vista: la disolución de la distinción entre derechos fundamentales y derechos ESC, así como la disolución (en cuanto no explicativa) de la distinción entre derechos prestacionales y derechos no prestacionales, todo con el objetivo de garantizar, al menos en algunos casos específicos, el ejercicio de la acción de tutela para garantizar la justiciabilidad de derecho ESC.
- Los fenómenos jurisprudenciales apenas descritos, en cierta medida pueden ser considerados como resultado del activismo judicial de la Corte Constitucional (si por tal se entiende no necesariamente la creación de derecho, sino las interpretaciones amplias, pero dentro del marco normativo, de las disposiciones, también de matriz internacional). Seguramente son, además, un ejercicio de informalización de las categorías constitucionales sobre los tipos de derechos, todo a favor del cumplimiento de las disposiciones internacionales relativas a la garantía (y, entonces, justiciabilidad) de los DESC.



- En ambos tipos de pronunciamientos (es decir, los relativos a los derechos con incidencia colectiva y los DESC) esta tendencia jurisprudencial no habría sido posible sin la referencia constante a los diferentes instrumentos internacionales enunciados a lo largo de la presente adenda.
- La decisiones tomadas por la Corte Constitucional en el caso de la acción de tutela favorables al actor, si bien se desarrollan dentro del marco de poder concedido a ese tribunal, resultan sin duda particulares, no sólo en cuanto a la celeridad con que se prescribe el cumplimiento de ciertos deberes a cargo del demandado, sino porque las medidas revisten un altísimo grado de concreción que favorecen directamente al accionante, casi en la forma de mecanismos procesales (principalmente de ejecución) preferentes a favor del titular del derecho objeto de vulneración.