

Principia IURIS

17



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A

Experiencia y Calidad



FACULTAD DE
DERECHO

Acreditación de
Alta Calidad

Resolución MEN N° 2337
del 25 abril de 2011

Principia IURIS

Tunja
Colombia

N° 17

pp. 01 - 424

enero
julio

2012

ISSN: 0124-2067

CIS

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA
COLCIENCIAS 

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
N° 17**

Tunja, 2012 – I

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 17	pp. 1-424	Enero Julio	2012 - I	ISSN:0124- 2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	----------------	----------	--------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

DIECISIETE (17)

PRIMER SEMESTRE DE 2012

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

Teléfono : (8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada:

Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo:

Mg. Eyder Bolívar Mojica, docente investigador de la Facultad de Derecho

Revisión inglés:

Ángela Marcela Robayo Gil

Revisión francés :

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez.

Estudiante participante:

Juan Sebastián Hernández Yunis

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

MISIÓN INSTITUCIONAL

Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.

VISIÓN INSTITUCIONAL

La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.

MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.

VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.

Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.

Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus

problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.

MISIÓN DE LA REVISTA

Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN PRINCIPIA IURIS

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo al INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados*, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. PRINCIPIA IURIS Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición Principia Iuris 16 posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota la pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E- mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con la siglas **AI** y **AE** si el autor es interno o externo; en un segundo pie de pagina sin numeración se debe

establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Aldemar Valencia Hernández, O.P.
Rector Seccional

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Fray José Bernardo Vallejo Molina, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de la Facultad de Derecho

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO.

Ph. D Pierre Subra de Bieusses
Universidad París X, Francia

Ph. D Pablo Guadarrama
Universidad central de las Villas, Cuba

Ph. D Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Natalia Barbero
Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Mg. Ángela María Londoño Jaramillo
Directora Centro de investigaciones

Mg Andrea Sotelo Carreño
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

Ph.D. (c) Diego German Mejía Lemos
National University Of Singapore, Faculty Of Law

Ph.D. (c) Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

CORRECTOR DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente Investigador de la Facultad de Derecho

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Mg. Daniel Rigoberto Bernal

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Mg. Robinson Arí Cárdenas

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá

Mg. Fernando Arias García

Abogado UPTC, Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado, Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad de Nantes Francia, Docente e investigador Facultad de Derecho. Alexisramirezarenas@hotmail.com

Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.

Filosofo Universidad Nacional De Colombia, Abogado Universidad Nacional De Colombia, Especialista en derecho público Universidad Nacional De Colombia, Magíster en derecho Universidad Nacional De Colombia, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

Mg. (c) Martin Hernández Sánchez

Abogado, Mg.(c) en Derecho. Docente Investigador miembro del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás seccional Tunja, Colombia. Email: martinusta@hotmail.com

Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la universidad del Rosario; docente de Derecho tributario de la universidad Santo Tomas Tunja.

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Mg. Dominic Têtu

Historiador, B. A. Université Laval, Québec, Canadá. Magíster en Relaciones Internacionales (M. A.), Université Laval, Québec. Universidad Nacional de la Plata Argentina. Investigador del Centro de Estudios Interamericanos (CEI) del Institut Québécois des Hautes Études Internationales (IQHEI), Université Laval, Québec, Canadá, Investigador en la Conferencia de Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (CNUCED), Ginebra. tetud2@hotmail.com.

Mg. Deiby A. Sáenz Rodríguez

Abogado de la Universidad Santo Tomás – Tunja; Técnico - Nivel Superior Universidad Pedagógica Y Tecnológica De Colombia - Uptc - Sede Tunja Administración Judicial Manual De Procedimientos Para El Tribunal Administrativo De Boyacá, Magister en derechos Humanos U.P.T.C, oficial del INPEC; tel. 7440404

Mg. (c) Lina Marcela Moreno Mesa

Abogada, Universidad Santo Tomás –Tunja; Esp. En Derecho administrativo, Universidad Santo Tomás –Tunja; Mg © En Derecho administrativo, Universidad Santo Tomás –Tunja; Abogada externa Banco Agrario. Lina_3m@hotmail.com.

Esp. Genaro Velarde Bernal

Especialista en Psicoanálisis, Instituto Universitario de Salud Mental; Analista en Formación, Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (Asociación Psicoanalítica Internacional); Lic. en Psicología, Universidad del Valle de México; Lic. en Psicología, Universidad Nacional de la Plata; Psicoterapeuta, Hospital B. Rivadavia, Buenos Aires; Docente, Gob. de la Ciudad de Buenos Aires; Ex docente Universidad de Hermosillo, México; Ex perito psicólogo, Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora, México; genarovelarde@gmail.com

PRESENTACIÓN

La importancia de la investigación con relación a la sociedad, es ayudar a resolver problemas; en la actualidad se plantea el surgimiento de un nuevo modelo educativo como lo es la sociedad del saber, en la cual la creación de conocimientos nuevos es una de las fuentes de riqueza y del bienestar social. El conocimiento es una característica central de las sociedades actuales, y tiene implicaciones sobre la educación, ya que ese es socialmente útil solo si se comparte. La investigación nos ayuda a mejorar el estudio porque nos permite establecer contacto con la realidad a fin de que la conozcamos mejor. Constituye un estímulo para la actividad intelectual creadora y ayuda a desarrollar una curiosidad creciente acerca de la solución de problemas.

La academia no debe ser simplemente una forma de transmitir el conocimiento, sino que en ella a través de la investigación, se debe avanzar en el desarrollo del intelecto del ser humano para obtener un verdadero aporte a la solución de problemáticas de la sociedad; todos aquellos que hacen parte de la sociedad deben cumplir con una función activa dentro de ella a través de la investigación ya que con ello plantea cumplir con una parte del continuo esfuerzo del proyecto humanista que encierra tres aspectos relacionados entre si: La investigación y la producción de conocimiento; la enseñanza y el aprendizaje y finalmente, la extensión y la proyección social.

La Revista **PRINCIPIA IURIS** de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, es un espacio en el cual se presentan los resultados de investigaciones terminadas, realizadas tanto por docentes de la Universidad, como investigadores provenientes de otras partes del país y del mundo, por lo cual la revista se convierte en un espacio para debatir y compartir el conocimiento con sus semejantes.

Es para mi un honor presentar en esta oportunidad a la comunidad académica y jurídica, la versión número diez y siete de esta prestigiosa Revista en la cual se recopilan los trabajos aportados por aplicados estudiosos en un esfuerzo por fortalecer la producción y valoración del conocimiento socio-jurídico, contribuyendo de esta manera a la solución de los problemas que afectan la sociedad.

Quiero resaltar en esta ocasión el gran compromiso de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, la Facultad de Derecho, del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, de docentes e investigadores externos y de todos aquellos que aunando esfuerzos han permitido que esta revista se encuentre indexada, lo cual garantiza una alta calidad en el contenido que en esta se expone.

Gracias!!!

Mg. (c) Juan Sebastián Hernández Yunis

EDITORIAL

No existirá editorial que hable mal de su misma publicación, existe una suerte orguyo paternal al momento de presentar un trabajo academico, largas horas han sido invetidas en el desarrollo de una revista, evaluaciones academicas, comités editoriales, correcciones de estilo, entre otras, son las etapas propias de un trabajo de calidad, pero no nos referimos unicamente al esfuerzo tangible en actas y archivos, mas importante aun es el esfuerzo intelectual de los profesionales que integran la Principia Iuris, el rigor del estudio y la capacidad critica son propias de estos profesionales, son un apoyo del derecho sin riesgo paternalista alguno.

Como resultados de la investigación general se tuvieron en cuenta los siguientes temas que se desarrollaran en cada capitulo claramente haciendo de cada uno un pequeño analisis en forma de articulo dando a entender a los lectores el significado de cada tema que acontinuacion se nombraran en conjunto para saber de que se va hablar en la revista Principio Iuris, como primer tema a tratar es el de las APROXIMACIONES A LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: CONSTRUYENDO SOCIEDADES JUSTAS del Antropologo Ricardo Gómez, seguimos con el desarrollo del ANÁLISIS DE LA LEY 1480 DE 2011 QUE REFORMA EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA del Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.pasamos analizar EL CONTRATO DE CONSUMO: Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio, posteriormente lo referente a los PIONEROS DEL REALISMO JURÍDICO METAFÍSICO EN COLOMBIA del Mg. Carlos Gabriel Salazar, se evidencia dentro de la investigación el VALOR VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO: *¿UNA ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* del Mg. Fernando Arias García, despues el ACTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y REVOCACIÓN DIRECTA del Ph. D. Manuel Alberto Restrepo Medina, seguimos con LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN: *¿UN CASO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?* Del Abog. Fernando Tovar Uricoechea, proseguimos con el DERECHO A LA EDUCACIÓN - EDUCACIÓN EN DERECHO de la Lic. María Rubiela Sáenz Medina y terminamos la primera parte con un tema de suma importancia como es el DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS de la Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

Para dar inicio a la segunda parte de los resultados de investigaciones: problemáticas en convergencias traemos a colacion varios temas escritos por varios docentes expertos en la materia para dar un breve resumen de cada tema dando inicio en primer lugar al articulo EL PODER CONSTITUYENTE “EXTRAORDINARIO” COMO DISPOSITIVO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. IMPLICACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE –ANC- EN LA CONFIGURACIÓN DE LA NOCIÓN DE *MODELO CONSTITUCIONAL* INTRODUCIDO CON LA CARTA POLÍTICA DE 1991 del Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño, seguimos con los PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL MARCO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA del Ph. D. Alfonso Daza González, dando paso a la LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS FINANCIEROS EN EL MARCO DE LA OMC de la Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno, luego la IMPLEMENTACIÓN DE CARACTERÍSTICAS DE SEGURIDAD EN EL CERTIFICADO DE CÓMPUTOS EXPEDIDO A LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS DE BOGOTÁ de Tec. Oscar Javier Hernández

Uribe, posteriormente a la RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA de los Ph.D. Álvaro Márquez Cárdenas, Ph.D Yolanda M. Guerra García y terminamos con un artículo de la actualidad como es, EXISTE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS de la Esp. Olivia Aristhitzza Gutiérrez Cadena

Finalizamos con una tercera parte de las TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS. Donde se relacionan varios temas que se traen en conjunto, para brindar a cada lector una síntesis de cada tema e informase de forma mas rapida de lo que se vive y pasa en la actualidad como es: LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL de la Ph. D. Natalia Barbero, tambien LA ACCIÓN HUMANITARIA COMO COOPERACIÓN AL DESARROLLO, EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO del Mg. Eyder Bolívar Mojica, siguiendo con EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA - DIE VERFASSUNGSBESCHWERDE IN DEUTSCHLAND del Ph.D (c) John Jairo Morales Alzate, posteriormente con la PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS JUDICIALES CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1979 del Esp. José Luis Suarez Parra y LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PRETENSIONES MOTIVOS Y ARGUMENTOS del Ph. D. Jorge Jiménez Leube.

En este orden de dias es importante que la investigación se tiene que justificar, en cuanto a la función sustantiva de la universidad, donde compone el proceso de enseñanza y aprendizaje social, involucrando variedad de competencias, las cuales se desarrollan, con un alto nivel de perfeccion demostrando que el estudiante es capaz de desarrollar una investigación, una vez culminada la etapa del perfeccionamiento de un proyecto, como deducción del dominio de un área y la capacidad de tratar un tema con rigidez.

Por otro lado la principio iuris es una herramienta excelente donde obtenemos proyectos claros y sistematizados evidenciado un claro compromiso por el bienestar de la sociedad, dando como resultado un gran aporte a la comunidad, que goza de un sistema jurídico destinado a prosperar, donde dicho aporte de los procesos nos permite brindar espacios a nuestro estudiantes para la superación diaria, siendo el principal motor de nuestros proyectos y líneas

Y por supuesto...

Gracias totales!

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

CONTENIDO

Editorial

PARTE I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL.

APROXIMACIONES A LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: CONSTRUYENDO SOCIEDADES JUSTAS.....PÁG. 19

Antropólogo Ricardo Gómez

ANÁLISIS DE LA LEY 1480 DE 2011 QUE REFORMA EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA.....PÁG. 32

Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.

EL CONTRATO DE CONSUMO: NOTAS CARACTERÍSTICAS.....PÁG. 62

Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio

PIONEROS DEL REALISMO JURÍDICO METAFÍSICO EN COLOMBIA.....PÁG. 117

Mg. Carlos Gabriel Salazar

VALOR VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO: *¿UNA ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*PÁG. 129

Mg. Fernando Arias García

ACTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y REVOCACIÓN DIRECTA..... PÁG. 148

Ph. D. Manuel Alberto Restrepo Medina

LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN: *¿UN CASO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?*PÁG. 157

Abog. Fernando Tovar Uricoechea

DERECHO A LA EDUCACIÓN - EDUCACIÓN EN DERECHO.....PÁG. 174

Lic. María Rubiela Sáenz Medina

DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....PÁG. 189

Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

PARTE II. TEMA CENTRAL –RESULTADOS DE INVESTIGACIONES: PROBLEMÁTICAS EN CONVERGENCIAS.

EL PODER CONSTITUYENTE “EXTRAORDINARIO” COMO DISPOSITIVO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. IMPLICACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE –ANC- EN LA CONFIGURACIÓN DE LA NOCIÓN DE *MODELO CONSTITUCIONAL* INTRODUCIDO CON LA CARTA POLÍTICA DE 1991.....PÁG. 201

Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño

PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL MARCO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA.....PÁG. 229
Ph. D. Alfonso Daza González

LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS FINANCIEROS EN EL MARCO DE LA OMC.....PÁG. 244
Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno

IMPLEMENTACIÓN DE CARACTERÍSTICAS DE SEGURIDAD EN EL CERTIFICADO DE CÓMPUTOS EXPEDIDO A LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS DE BOGOTÁ.....PÁG. 260
Tec. Oscar Javier Hernández Uribe

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA.....PÁG. 279
Ph.D. Álvaro Márquez Cárdenas
Ph.D Yolanda M. Guerra García

EXISTE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....PÁG. 292
Esp. Olivia Aristhitz Gutierrez Cadena

PARTE III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL..... PÁG. 330
Ph. D. Natalia Barbero

LA ACCIÓN HUMANITARIA COMO COOPERACIÓN AL DESARROLLO, EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....PÁG. 356
Mg. Eyder Bolívar Mojica

EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA - DIE VERFASSUNGSBESCHWERDE IN DEUTSCHLAND.....PÁG. 369
Ph.D (c) John Jairo Morales Alzate

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS JUDICIALES CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1979.....PÁG. 382
Esp. José Luis Suarez Parra

LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PRETENSIONES MOTIVOS Y ARGUMENTOS..... PÁG. 403
Ph. D. Jorge Jiménez Leube

**PARTE II. TEMA CENTRAL - RESULTADOS DE INVESTIGACIONES:
PROBLEMÁTICAS EN CONVERGENCIAS ENTRE RAMAS DEL DERECHO.**

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA

Ph. D. Álvaro Márquez Cárdenas
Ph.D Yolanda M. Guerra García ...

Fecha de entrega: 8 de marzo de 2012
Fecha de aprobación: 13 de junio de 2012

RESUMEN...

Este artículo hace parte de una investigación denominada Trasplante de órganos, Bioética y legislación comparada, del grupo liderazgo categoría A1 en Colciencias. Tiene como objetivo presentar el supuesto de Derecho de la normatividad colombiana, sobre la “presunción legal de donación, de órganos cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido”. Lo cual también va en contra del principio fundamental de la bioética del consentimiento informado. Se analizará desde la perspectiva jurisprudencial la conveniencia de esta presunción de donación, que algunos califican de única en el mundo, por el manejo que se le da y por número de horas que tiene, solamente seis.

· Álvaro Márquez, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Derecho Penal, Magíster en Estudios Políticos de la Universidad Javeriana, Estudios de Doctorado en Derechos Fundamentales Universidad Carlos III de Madrid. Miembro Principal sala de Conaces Ministerio de Educación, Director del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Docente investigador de la Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. **A.E**

· Yolanda M. Guerra, Abogada, Magíster, Doctora en Educación e investigación Universidad de Madison U.S.A., Post Doctor en Narrativa y Ciencia por la Universidad Santo Tomás de Aquino en convenio con la Universidad de Córdoba en Argentina. Docente del Departamento de Humanidades. **A.E**

... Artículo de investigación científica y tecnológica, resultado del proyecto terminado “*Responsabilidad del estado por trasplante de órganos en Colombia*”, que se adelantó en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la línea de investigación *en derecho administrativo y responsabilidad estatal*.

Método: Se realizó un análisis conceptual de orden deductivo tomando como premisas los criterios propios de la bioética y la responsabilidad estatal.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad del Estado, presunción de donación, trasplante de órganos.

ABSTRACT

This article is part of a research Project called bioethics, organ transplantation and comparative legislature, of the Group Leadership, category A1 in Colciencias. It has as main objective to present the assumption of the Colombian law "organ donation is presumed if during a life time a person did not manifest formally that wants to make use of a right of prohibiting the State to use and transplant his or her organs to another being after 6 hours of death". This is against the fundamental principle of Bioethics "informed consent". It will be analyzed from the jurisprudential prospective, if it is convenient this presumption of organ donation, due to the fact that in all of the other countries, besides Colombia, donation is a voluntary act.

KEY WORDS

Responsibility of the State, presumption of donation, organ transplantation

RÉSUMÉ

Cet article fait partie d'une enquête appelée transplantations d'organes, la bioéthique et du droit comparé, la direction du groupe Colciencias catégorie A1. L'article vise à présenter la loi colombienne sur la présomption légale de don d'organes quand une personne durant sa vie s'est abstenu d'exercer le droit qui doit s'opposer à vos organes du corps ou des parties sont retirés anatomique après sa mort, si, dans les six (6) heures après la survenance de la mort cérébrale ou avant le début d'une autopsie médico-légale, ses parents ne prouvent pas leur statut en tant que telle ou exprimer leur opposition dans le même sens. Cela va aussi contre le principe fondamental du consentement éclairé en matière de bioéthique. Être analysées à partir du point de vue jurisprudential de la pertinence de cette présomption de donation, que certains décrivent comme unique au monde, la manipulation est donnée et le nombre d'heures qui est, seulement six .

MOTS CLÉS

La responsabilité de l'État, la présomption du don, la transplantation d'organes.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Tipos De Responsabilidad. 3. Turismo Medico. Otra responsabilidad a cargo del Estado 4. Presunción Legal de Donación de órganos. 5. Conclusión. 6. Referencias Bibliográficas.

METODOLOGÍA

En el presente estudio se realizó un análisis conceptual tomando como premisas los criterios propios de la bioética y la responsabilidad estatal, postulados estos contemplados en la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia colombiana.

1. INTRODUCCIÓN

A continuación se hará un breve recuento de las etapas de la responsabilidad para llegar a la responsabilidad por presunción de donación de órganos. En un principio, no se encontraron dificultades para apoyar la responsabilidad del Estado por efectos administrativos, en virtud de que se consideraba al Estado como principal garante de los Derechos del individuo. Sin embargo, problemas tales como el alcance de la responsabilidad del Estado, así como su carácter legislativo o judicial, replantearon el concepto de “responsabilidad estatal” como consecuencia directa del desarrollo de la teoría de la responsabilidad en el Derecho (DUEÑAS RUGNON, 2008; p.9)

Para GUERRA (2010) el principio general del derecho que expresa: *“todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo”*, permite deducir que cuando una persona ocasiona un perjuicio a otra, incurre en una responsabilidad de naturaleza civil o penal, por lo cual está en la obligación de resarcir el daño causado.

Ya en el marco de la función pública, según SAYAGUEZ (2002), cuando los funcionarios no cumplen debidamente sus obligaciones “incurren en responsabilidad”, cuyas implicaciones pueden ser de tipo disciplinario, penal, civil, político o patrimonial (SAYAGUEZ 2002, citado en GUERRA, Y, 2010: p. 1). Otras clases de Responsabilidad Estatal se pueden encontrar. La responsabilidad contractual, extracontractual, responsabilidad administrativa, legislativa y judicial (ROMERO PÉREZ, 1999; p.193).

Entre las características que definen a la *Responsabilidad del Estado* se encuentran que es *“el medio o mecanismo jurídico por el cual se asegura el debido respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*, se asume como una responsabilidad *constitucional*, puesto que nace en el seno de normativa de la *Constitución Política*. Otra característica es que no puede ser responsabilidad civil, originada de las relaciones entre los sujetos privados ya sean de carácter contractual o extracontractual, ni es responsabilidad penal, porque no tiene su origen en la comisión de delitos, cuasidelitos y contravenciones a la ley (SOTO KLOSS, 1996; p.308).

2. TIPOS DE RESPONSABILIDAD.

Entre los tipos de responsabilidad se encuentran la *responsabilidad civil* cuando se obliga a reparar un daño causado desde el punto de vista patrimonial; *la responsabilidad penal*, cuando se comete un delito y hay responsabilidad frente al Estado y este penaliza al responsable para reparar el daño causado con la comisión de un acto ilícito, la responsabilidad administrativa, que lleva a que las personas públicas respondan patrimonialmente por sus actos y la responsabilidad política, cuyo fundamento nace en la constitución y la ciencia política, y se origina como producto del control político a los funcionarios públicos (GUERRA, 2010).

Otras formas de responsabilidad son la *responsabilidad contractual*, derivada de la celebración de contratos, la *responsabilidad extracontractual*, producida aun cuando no existe celebración alguna de contrato, la *responsabilidad subjetiva*, provocada por la comisión directa de un daño por parte de un sujeto ó la *responsabilidad objetiva*, que se origina por la situación generadora del daño, como por ejemplo: los riesgos (ROMERO PÉREZ, 1999; p. 193).

Responsabilidad del Estado en los procesos de Donación y Trasplante de órganos.

DAVID MIRANDA plantea que la responsabilidad del Estado en el proceso de Trasplante de órganos tiene que ver con un asunto en concreto: el suministro de órganos a través de la Donación. Por tal motivo, como representante de la Asociación de Pacientes renales de la Costa, AsoRenal, hizo un llamado a las autoridades sanitarias y gubernamentales, en especial, a las Secretarías de Salud del Atlántico y del Distrito para que lideren programas de donación de órganos (EL HERALDO, 2012).

Por su parte el director científico de la Clínica General del Norte y coordinador del programa de trasplante de órganos en esa Institución, Rubén Darío Camargo coincide en un mayor compromiso por parte de las instituciones de sanidad:

“Cada vez menos gente dona órganos, tal vez falta sensibilización, mayor compromiso de las instituciones de salud, de las EPS - a través de la promoción, del Instituto Nacional de Salud y de las secretarías de Salud, con relación a la sensibilización que puedan hacer” (EL HERALDO, 2012).

En Colombia, el recurso comúnmente utilizado por las personas para ejercer su derecho a que se les practique un trasplante de órganos es la tutela. Por este motivo, este es un recurso ampliamente utilizado por pacientes extranjeros que lo utilizan a su favor, en virtud de la fragilidad en la normatividad y la legislación en nuestro país. Sin embargo, solo el 2% de los trasplantes realizados en el país, se practican a pacientes extranjeros (EL PULSO, 2010).

Según datos del Consejo Superior de la Judicatura, durante la última década el número de acciones de tutela superó el 1120%, y que, en una gran proporción provienen de usuarios que buscan garantías en la prestación de

servicios de salud y pensión. De estas el 25% se instauraron en contra del Instituto de Seguro Social, 20% contra Cajanal y 14% contra las EPS (CARACOL RADIO, 2012).

En vista de estas circunstancias, Juan Carlos Giraldo Salinas sostiene que la responsabilidad del Estado Colombiano en los procesos de trasplante pasa por los ámbitos legales- jurídicos; a fin de garantizar que los pacientes nacionales en lista de espera, puedan acceder más eficientemente a servicios de trasplante de órganos. Por lo cual afirma:

Es responsabilidad del estado unificar el criterio de sus ramas legislativa, ejecutiva y judicial, para que al igual que en otros países, no se dé cabida al trasplante a extranjeros. Igualmente, es su deber obligar a las eps a que permitan a los pacientes colombianos acceder a este invaluable servicio, al cual en la actualidad solo acuden unos afortunados que luchan por su derecho a tener una vida digna, sin tener que someterse a conectarse obligatoriamente a una máquina tres veces por semana para salvar su vida o incluso morir en un sinfín de complicaciones, por la imposibilidad acceder a un trasplante (GIRALDO SALINAS, 2010 en Periódico EL PULSO).

En Colombia, de acuerdo a un informe del Instituto Nacional de Salud, a diciembre de 2011, 22 IPS cuentan con programas de Trasplante de órganos en el país y 13 Instituciones cuentan con programas de trasplante de médula ósea. Igualmente, se realizaron 1085 trasplantes de órganos durante el año 2011, lo que representó una disminución del 7,5% frente al año 2010 que correspondió a 1173 (INS, 2012).

Un hecho bastante crítico tiene que ver con que, en Colombia, cerca del 32% de las familias de pacientes a quienes se les ha declarado Muerte Encefálica y se encuentran hospitalizados en las Unidades de Cuidados Intensivos, se niegan a donar los órganos de sus parientes. Sin embargo en regiones como la Costa Atlántica la proporción es mayor (92%) en razón de que no existen fuertes campañas de promoción en la donación de órganos, la falta de apoyo del gobierno en la destinación de recursos para los trasplantes e inclusive, existen instituciones prestadoras del servicio de salud que aún no se encuentran registradas en la Red Nacional de Trasplantes (EL HERALDO, 2012).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-933 de 2007 establece que *"los principios, valores y derechos de solidaridad, interés general, la vida, la salud, entre otros, están consagrados en la Constitución Nacional, los cuales hacen efectivo el Estado Social de Derecho y los fines que se persiguen en él y más aun considerando que la donación de órganos y tejidos es un acto expreso o presunto de solidaridad con fines humanitarios"* (Proyecto de Acuerdo No 366 de 2009).

La Sentencia C-933/07 describe las implicaciones de carácter ético-jurídico y ético-medico en torno al tema de la donación de órganos y componentes anatómicos *post mortem*:

“La Corte evidencia que el tema de la donación de órganos después de la muerte conlleva importantes implicaciones y consecuencias tanto jurídicas como filosóficas, científicas, sociológicas y antropológicas, materias no pacíficas y de difícil solución desde el punto de vista ético-jurídico y ético-médico, problemas frente a los cuales las legislaciones en el mundo han ensayado diferentes respuestas y soluciones. Estos planteamientos tienen que ver fundamentalmente, desde un punto de vista ético-jurídico, con el problema del consentimiento informado y el respeto de la libertad de decisión del donante, y en el caso específico de donación post-mortem y a falta de la manifestación expresa de voluntad por parte de la persona en vida, respecto de la importancia del papel de la decisión de los familiares para que proceda la extracción de órganos. Los problemas ético-médicos que suscita la donación de órganos cadavéricos, están relacionados con el concepto de muerte, de si ésta es considerada como muerte cerebral o cardiovascular, y respecto del avance científico para su determinación precisa, frente a lo cual existen serios debates. Estos planteamientos demuestran que la donación de órganos no constituye una cuestión ética y jurídicamente neutra, ya que implica complejas y difíciles decisiones y discusiones morales, filosóficas, religiosas, sociológicas y antropológicas que suscitan agudas controversias en el contexto del debate y discusión contemporánea”

Así mismo, plantea la importancia del Consentimiento Informado como principio fundamental en la bioética y establece la forma como debe manejarse la información en materia de ablación de órganos *post mortem*:

“El consentimiento informado constituye uno de los principios fundamentales en bioética, fundamentado en la "autonomía de la voluntad" la cual es fundamental en todo tratamiento médico. Lo esencial es que en la donación de órganos, bien sea en vida o post-mortem, exista libertad o el libre consentimiento informado bien sea de la persona en vida o a falta de éste, que la ley le otorgue oportunidad a los parientes y familiares más cercanos para que puedan manifestar su voluntad antes de que entre a operar el consentimiento presunto o la presunción legal de donación. El tema del consentimiento informado se encuentra íntimamente relacionado con el tema del derecho a la información, pues el derecho a ser informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna sobre todos los aspectos que encierra la ablación de órganos, en el caso que nos ocupa post-mortem, es un requisito necesario para garantizar que la persona en vida o los familiares de ésta luego de su muerte, cuando no existe manifestación de voluntad expresa al respecto por parte de aquélla, puedan otorgar un consentimiento libre u oponerse a la extracción de los órganos del cadáver del ser querido” .

Finalmente, la Sentencia C-933/07 plantea que el Estado y la Ley presumen la voluntad tácita o implícita de la persona para efectos de donación, con prioridad

en el interés público y condiciona la *presunción legal de donación* o de *consentimiento presunto* a la autorización expresa de los familiares o en su defecto a la no oposición o silencio por parte de estos. De igual forma, plantea un fundamento constitucional al derecho de que los familiares del fallecido se opongan a la extracción y donación de sus órganos, en razón de los vínculos afectivos, emocionales y psicológicos que desarrollan las personas.

A nivel distrital, en Bogotá, con el Proyecto de Acuerdo 366 de 2009 del Concejo de Bogotá D.C, "*por el cual se establece la obligatoriedad de reportar las muertes en el momento de su ocurrencia con fines de trasplante de órganos y tejidos*" se acordó lo referente al reporte inmediato del fallecimiento o declaratoria de muerte encefálica:

"La Secretaría Distrital de Salud coordinará con las Empresas Sociales del Estado del Distrito Capital, las acciones necesarias para el reporte inmediato del fallecimiento y/o declaratoria de muerte encefálica de personas en las instalaciones de la Red Hospitalaria del Distrito Capital. Estas acciones tienen como propósito agilizar los procesos necesarios para el trasplante de órganos y tejidos humanos, por parte de las entidades competentes". (Artículo 1)

Desde el marco de la legislación internacional, se tiene el acuerdo de la *Asociación Médica Mundial (WMA por sus siglas en Inglés)* sobre la Donación y Trasplante de órganos Humanos, el cual fue adoptado por la 52 Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Octubre de 2000.

Se tiene desde este marco que los niveles institucionales ya sean hospitales, clínicas y bancos de tejidos, deberán contar con programas que cumplan con los siguientes principios:

El desarrollo de políticas y protocolos que estimulen la obtención de órganos deberán ser consistentes con las obligaciones de los profesionales de la salud y con los valores sociales, entre estos una toma de decisiones basada en la libertad y la información, la privacidad y el acceso equitativo al cuidado médico (WMA, 2000).

Se deberá hacer que estos protocolos y políticas sean conocidos de forma adecuada por los profesionales y coordinadores que tienen a su cargo los procesos de trasplantes de órganos entre otras autoridades involucradas en el nivel institucional y se deberán asegurar los recursos para una adecuada implementación de dichas políticas y protocolos (WMA, 2000).

3. TURISMO MEDICO. OTRA RESPONSABILIDAD A CARGO DEL ESTADO.

Ya en el caso que nos convoca en torno a la responsabilidad estatal en materia de trasplantes de órganos, de acuerdo con el profesor Carlos Bernal Pulido como producto del turismo médico, Colombia y otros países de América Latina se han convertido en regiones de un gran atractivo para pacientes necesitados de servicios médicos, en la medida en que estos países ofrecen ciertas ventajas comparativas frente a la oferta de servicios médicos globales, tales como: alta calidad en los procedimientos, bajos precios y variedad en la oferta de servicios médicos (BERNAL PULIDO, 2010).

De acuerdo con lo anterior, el turismo médico se consolida como uno de los ocho sectores del país que aspiran a convertirse en sectores de talla mundial. A 2010 en Colombia se presentaron unas 7.000 visitas al país por turismo de trasplante, cerca del 2.2% del total de turistas extranjeros que llegaron al país al año 2008 (PORTAFOLIO, 2010). Este escenario, hace que los procesos de trasplantes de órganos en Colombia se conviertan en un fenómeno preocupante, en el sentido en que se desconoce hasta que punto dicha oferta de servicios puede fomentar la explotación y la creación de prácticas características de los mercados negros de órganos (BERNAL PULIDO, 2010).

De igual forma Bernal Pulido (2010) plantea las problemáticas que deben resolverse en torno al surgimiento del denominado Turismo Médico, a partir de una mirada desde los enfoques ético-jurídicos que garanticen una asignación de órganos a receptores potenciales de manera legítima enmarcada en los principios de justicia y equidad, priorizando a los pacientes nacionales.

Asimismo, hay ciertos asuntos éticos y de derecho público que deben resolverse. Por ejemplo, hasta que punto es legítimo que un receptor extranjero acceda a un órgano de un donante colombiano con preferencia frente a los receptores colombianos que están en la larga fila de pacientes en espera de un trasplante? Y [...] ¿hasta que punto es legítimo que el sistema de seguridad social en salud patrocine financieramente la práctica de procedimientos de trasplante a extranjeros en nuestro país, extranjeros que incluso han hecho uso de la acción de tutela para obtener estos beneficios?

Existe una malinterpretación de la norma por lo que como se mencionó con anterioridad, pacientes extranjeros están alegando un derecho a la salud y a la igualdad utilizando acciones de tutela para que sean trasplantados en Colombia (GUERRA, 2012), lo que no están considerando las autoridades que conceden dichos procedimientos es que la norma da prioridad a los pacientes nacionales que se encuentran en lista de espera tal y como lo establece el Artículo 40 del Decreto 2493 de 2004:

Artículo 40. Prestación de servicios de trasplante o implante a extranjeros no residentes en Colombia. La prestación de servicios de trasplante de órganos o implante de tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, podrá efectuarse siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera, teniendo en cuenta

los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención.

La Institución Prestadora de Servicio de Salud para realizar el procedimiento de trasplante o implante a un extranjero no residente en Colombia, deberá solicitar la certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente. La certificación deberá emitirse de forma inmediata por parte de la Coordinación Regional. (GUERRA, 2012).

4. PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS

Sentencia 933 de 2007

Donación de órganos.

De acuerdo con la sentencia 933 de 2007, para la Corte Constitucional el asunto de la donación de órganos post-mortem conlleva *“importantes implicaciones y consecuencias tanto jurídicas como filosóficas, científicas, sociológicas y antropológicas, materias no pacíficas y de difícil solución desde el punto de vista ético-jurídico y ético-médico”*.

La presunción de donación, para efectos de la presente sentencia conlleva dos problemáticas diferentes: por una parte se tiene un planteamiento ético-jurídico, en el sentido en que se debe considerar la importancia del consentimiento informado y la expresión de la voluntad de donación de la persona en vida, y a falta de esta, de los familiares como actores importantes en el proceso de toma de decisiones al momento de permitir la extracción de los órganos. Por otra parte, conlleva problemas de carácter ético-médico, en el sentido en que la donación proveniente de donantes cadavéricos deberá considerar tanto la definición del concepto de muerte, sea esta muerte cerebral o cardiovascular y su determinación precisa por parte del personal médico.

Consentimiento Informado

Para la Corte Constitucional, el consentimiento informado no puede encontrarse desligado del principio de autonomía de la voluntad. Esto hace posible que en todo tratamiento médico la ley le otorgue la libertad al paciente o a los familiares de expresar su voluntad, antes de ingresar en el escenario del consentimiento presunto o presunción legal de donación.

El consentimiento informado constituye uno de los principios fundamentales en bioética, fundamentado en la “autonomía de la voluntad” la cual es fundamental en todo tratamiento médico. Lo esencial es que en la donación de órganos, bien

sea en vida o post-mortem, exista libertad o el libre consentimiento informado bien sea de la persona en vida o a falta de éste, que la ley le otorgue oportunidad a los parientes y familiares más cercanos para que puedan manifestar su voluntad antes de que entre a operar el consentimiento presunto o la presunción legal de donación (Sentencia C-933 de 2007).

Otro de los escenarios en los cuales tiene aplicabilidad el tema de consentimiento informado, tiene que ver con el derecho a la información, el cual es un aspecto fundamental para que, tanto el paciente como los familiares puedan otorgar u oponerse libremente a la extracción de los órganos.

El tema del consentimiento informado se encuentra íntimamente relacionado con el tema del derecho a la información, pues el derecho a ser informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna sobre todos los aspectos que encierra la ablación de órganos, en el caso que nos ocupa post-mortem, es un requisito necesario para garantizar que la persona en vida o los familiares de ésta luego de su muerte, cuando no existe manifestación de voluntad expresa al respecto por parte de aquélla, puedan otorgar un consentimiento libre u oponerse a la extracción de los órganos del cadáver del ser querido (Sentencia C-933 de 2007).

Configuración de la Presunción Legal de Donación

Para la corte constitucional, tanto el Estado como la Ley presumen una voluntad tácita de donación de órganos con beneficio al bien público o a la función social del cadáver, cuando la persona en vida no haya manifestado expresamente su voluntad de donación de sus órganos. Sin embargo, esta presunción legal de donación estará condicionada o sujeta a la autorización expresa de los familiares, o en su defecto a su no oposición o silencio frente a la presunción de donación.

Con respecto a la manifestación de los familiares del fallecido para la donación de órganos, el derecho que estos tienen de oponerse a la donación de los órganos de su pariente fallecido, tiene un fundamento constitucional amparado en el marco del principio general de libertad y la libertad de conciencia. Este marco de acuerdo a la Ley se encuentra sustentado en los artículos 18 Libertad de Conciencia y artículo 19 Libertad de Cultos de la Constitución Política de Colombia.

Artículo 18: Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

Artículo 19: Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

De acuerdo con la Ley 73 DE 1988 que adiciona la Ley 09 de 1979 y se adicionan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos, se tiene la presunción legal bajo el siguiente escenario:

Artículo 2: Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.”

Con el proyecto de Ley 081 de 2009 se modifica el contenido del artículo 2 de la Ley 73 de 1988 el cual queda de la siguiente manera:

Artículo 2° La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años. Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos anatómicos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral y hasta antes de la iniciación de la autopsia médico legal, sus deudos no expresan su oposición a la ablación previa información idónea y oportuna, la cual recaerá sobre el médico responsable de la realización de la autopsia o necropsia.

Como puede observarse, con el proyecto de Ley 081 de 2009 se establece que solo existirá presunción legal de donación dentro de las (6) horas siguientes luego de la declaración de muerte encefálica y sólo hasta antes de la iniciación de la autopsia médico-legal.

5. CONCLUSIONES

La jurisprudencia colombiana ha sido clara en argumentar que el consentimiento informado constituye uno de los principios fundamentales en bioética, fundamentado en la "autonomía de la voluntad" la cual es fundamental en todo tratamiento médico.

Lo esencial es que en la donación de órganos, bien sea en vida o post-mortem, exista libertad o el libre consentimiento informado bien sea de la persona en vida o a falta de éste, que la ley le otorgue oportunidad a los parientes y familiares más cercanos para que puedan manifestar su voluntad antes de que entre a operar el consentimiento presunto o la presunción legal de donación.

El tema del consentimiento informado se encuentra íntimamente relacionado con el tema del derecho a la información, pues el derecho a ser

informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna sobre todos los aspectos que encierra la ablación de órganos, en el caso que nos ocupa post-mortem, es un requisito necesario para garantizar que la persona en vida o los familiares de ésta luego de su muerte, cuando no existe manifestación de voluntad expresa al respecto por parte de aquélla, puedan otorgar un consentimiento libre u oponerse a la extracción de los órganos del cadáver del ser querido. (Sentencia C-933/07).

Fundamento constitucional del otorgamiento del derecho a los familiares de una persona fallecida a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos del cadáver de esta última, encuentra sustento y apoyo en la constitución colombiana, de la misma manera que respecto de la propia persona en vida, en el principio general de libertad, y los derechos de libertad de conciencia, artículo 18, y el de libertad de cultos artículo 19, en razón de los vínculos afectivos, emocionales y psicológicos que desarrollan las personas con sus familiares más allegados y que afectan directamente el desarrollo de su autonomía personal, por lo cual la ley les concede igualmente la posibilidad de manifestar su consentimiento u oponerse a la ablación de órganos del cadáver de un familiar.

El Estado debe considerar la presunción de órganos en lo atinente también al tiempo, las seis horas, comparadas con las 72 que exige la norma para declarar a alguien desaparecido. Lo ideal es que es vida las personas hagan su manifestación libre de la voluntad de donación de órganos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNAL PULIDO, C. (2010) *Invitación a pensar: la responsabilidad medica en el mundo global*. De: <http://derechodelaresponsabilidad.blogspot.com/2010/01/invitacion-pensar-la-responsabilidad.html>

CARACOL RADIO. (2012) *Se disparó el número de acciones de tutela durante la última década*. De <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/se-disparo-el-numero-de-acciones-de-tutela-durante-la-ultima-decada/20120321/nota/1658226.aspx>

Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991.

Decreto 2493 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos. Agosto 4 de 2004. [Presidencia de la República]

DUEÑAS RUGNON, R (2008) *La Responsabilidad Del Estado Por Las Actuaciones Jurisdiccionales*. Bogotá: Universidad del Rosario.

EL HERALDO (2012) *92% de familias se niegan a donar órganos. Artículo escrito por: Marly Obredor Salazar* Publicado el 04 de Mayo de 2012. De. <http://www.elheraldo.co/local/92-de-familias-se-niegan-a-donar-organos-66069>

EL PULSO. *¿Por qué se siguen haciendo trasplantes a extranjeros en Colombia?*

GUERRA, Y, (2010) *Conceptos sobre la responsabilidad estatal: una aproximación a la responsabilidad del estado por actos terroristas*. Recuperado el 9 de mayo de 2012, de: <http://www.ustatunja.edu.co/derecho/images/investigacion/documentos/df1.pdf>

Guerra, Y. (2012) *Trasplante de órganos, bioética y legislación comparada*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Guerra, Y. (2012) *Bioética y tecnoética, alternativas para un mundo deshumanizado*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (2012) *Informe Red de Donación y Trasplantes*. Bogotá. De: <http://www.ins.gov.co/?idcategoria=88106#>

Ley 73 DE 1988. Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. 20 de Diciembre de 1988. [Congreso de la República]

PORTAFOLIO (2010) *Unas 7.000 visitas al país se registraron por turismo de salud; se busca atraer más emigrantes*. De. <http://www.portafolio.co/archivo/documento/CMS-7794231>

ROMERO PÉREZ, J. (1999) *Derecho Administrativo General*. EUNED.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C- 933/07. (Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería; 8 de noviembre de 2007).

SOTO KLOSS, E. (1996) *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Editorial Jurídica de Chile.

EXISTE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Esp. Olivia Aristhitzá Gutiérrez Cadena

Fecha de entrega: 16 de febrero de 2012

Fecha de aprobación: 17 de mayo de 2012

RESUMEN

Nuestro Estado es un Estado Social de Derecho en donde se deben asegurar la prestación eficiente y oportuna entre otros de los servicios públicos domiciliarios, indispensables para un desarrollo normal de la sociedad frente a cada una de las actividades que realizan bien sea en la parte laboral o en la parte familiar respecto a la vivienda digna a la que tiene derecho el ser humano.

Para el caso se estudia la solidaridad en el pago de los servicios públicos domiciliarios pues a pesar de que la ley es clara en los derechos y deberes de los usuarios y las empresas, son estas quienes insisten en desconocer la norma haciendo que la Corte Constitucional en varias oportunidades se refiera no solo a la constitucionalidad de la norma, sino al deber de cumplimiento de estas por parte de las empresas prestadoras del servicio.

Para esto en el transcurso del trabajo se estudia la ley 142 de 1994, a través de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios modificada parcialmente por la ley 689 de 2001, en donde se establecieron entre otros conceptos el de la Solidaridad en los servicios públicos Domiciliarios, expresando que es el derecho que se exige al propietario o poseedor del inmueble, al suscriptor y a los usuarios del servicio, en igualdad de condiciones a cumplir aquellas obligaciones establecidas en el contrato de servicios públicos por ser beneficiarias de los derechos que surjan del mismo al suscribirlo con la respectiva empresa, contrato que es un acto uniforme y consensual, en el que se

· Abogada Universidad de Boyacá. Litigante. Especialista © en Derecho Administrativo. Correo Electrónico: aris2908@hotmail.com **A.E**

· Artículo de orden investigativo el cual es una producción original e inédita, resultado del proyecto de investigación con respecto a si “*existe solidaridad en el contrato de servicios públicos domiciliarios*”, que se adelantó en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la línea de investigación *en derecho administrativo y responsabilidad estatal*. El método usado en el presente artículo tiene su fundamento en un estudio documental la ley aplicable y un análisis estático y dinámico de jurisprudencia.

asume la responsabilidad de cumplir con los deberes que se tienen, entre otros el pago oportuno de los servicios utilizados.

Ahora bien en cuanto a la solidaridad de los Servicios Públicos Domiciliarios es necesario decir que la ley 142 de 1994 establece un límite en relación con el pago de la factura de los servicios que corresponde a tres meses o dos facturas cuando el pago es bimensual, ya que después de este tiempo las empresas de servicios públicos debe suspender al usuario el servicio y no permitir que se siga incrementando la deuda, de ser así y permitir que se siga realizando el consumo culminado este término se rompe la solidaridad que existe.

Sin embargo a pesar de que la ley es clara y precisa en el tema las empresas insiste en permitir el incremento desmesurado de consumo para posteriormente realizar el cobro de este, lo que hace que el usuario al ver que se le violan sus derechos ponga en conocimiento de la justicia la situación, haciendo que finalmente la Corte Constitucional en diferentes pero reiterados fallos manifieste que las empresas de Servicios públicos Domiciliario son las responsables por el incumplimiento de la obligación que la ley les impone, en el sentido de interrumpir el servicio y por lo tanto no podrían entrar a cobrar lo facturado en exceso a las tres facturas o dos de acuerdo al caso, ya que como se ha dicho en estas mismas, la negligencia de la empresa prestadora del servicio al omitir sus obligaciones le impide ejercer las atribuciones que tiene frente al propietario solidario.

Es así que aun cuando la ley 142 de 1994 es clara en establecer que si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio, si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma, es la jurisprudencia la que a través de sus fallos ha determinado el deber de cumplimiento de esta, haciendo un estudio claro y preciso relacionado con el tema para evitar dudas en el tratamiento y el insistente desconocimiento de la norma por parte de las empresas que prestan el servicio público domiciliarios.

Finalmente y de acuerdo a la ley 142 de 1994 modificada por la ley 689 de 2001 y la lectura realizada de diferentes sentencias se logra concluir que la Ley estableció una responsabilidad solidaria del propietario, el usuario y el tenedor del inmueble frente a la obligación legal de cumplir con el pago de los servicios públicos; pero igualmente estableció que la empresa prestadora del servicio, tiene la responsabilidad de evitar el incremento desmesurado de cuentas insolutas, sabiendo de antemano que dicha solidaridad a la que se hace mención se rompe cuando las facturas no pagadas son más de tres.

PALABRAS CLAVE

Contrato, Solidaridad, Responsabilidad, Obligaciones, Servicios Públicos, Propietario/ Usuario.

ABSTRACT

Our state is a rule of law where it should ensure the efficient and timely services and other public utilities, indispensable for normal development of society against each of the activities either in the workplace or in the family regarding the housing to which human beings are entitled.

For the case studies the solidarity in the payment of public services because although the law is clear on the rights and obligations of users and businesses, are these people who insist on ignoring the standard by which the Constitutional Court repeatedly refers not only to the constitutionality of the norm, but the duty to enforce these by the companies providing the service. For this purpose in the course of work we study the law 142 of 1994, through which established the system of public services partially amended by Law 689 of 2001, where among other things established the Solidarity of Residential utilities, stating that the law requiring the owner or possessor of the property, the subscriber and service users on equal terms to fulfill those obligations under the contract for public services be beneficiaries of the rights arising therefrom to subscribe to the respective companies, contract that is a uniform and consensual act, which is responsible for fulfilling the duties you have, including the timely payment of services used.

Now as to the solidarity of the Public Utilities Needless to say, the law 142 of 1994 sets a limit on the payment of the bill for services up to three months or two invoices when payment is bimonthly, and after this time the utility companies should stop the service user and not allow further increasing the debt, if so and allow it to continue to make the consumer completed this term breaks the solidarity that exists. But although the law is clear and precise on the subject insists on allowing companies the disproportionate increase in consumption later to make the collection of this, which makes the user to see their rights violated is brought to the attention justice of the situation, finally making the Constitutional Court but repeated failures revealed different firms Household Utilities are responsible for the breach of the duty imposed by law within the meaning of service interruption and at therefore could not enter the billed charge in excess of the three invoices or two according to the case because as mentioned in the same, the negligence of the company providing the service to ignore their obligations prevent him from exercising the powers have solidarity with the owner.

Thus, even though the law 142 of 1994 is clear in stating that if the user or subscriber fails to make timely payments for services billed within the period provided, the utility will be obliged to suspend the service if the company breaches the obligation of suspension of service will break the solidarity provided for in this rule is the case that through their failure has been determined to comply with this duty, making a clear and precise study related to the topic for the avoidance of doubt in the treatment and the persistent ignorance of the ruling by the companies

providing domiciliary public service. Finally and according to law 142 of 1994 amended by Act 689 of 2001 and the reading taken from different sentences is achieved conclude that the Act established a liability of the owner, user, and the holder of the building facing the legal obligation meet the payment of public services, but also stated that the company providing the service, has the responsibility to avoid disproportionate increase in unpaid bills, knowing that such solidarity that is mentioned is broken when the unpaid bills are more than three.

KEYWORDS

Contract, Solidarity, Accountability, liabilities, Utilities, Owner / User.

RÉSUMÉ

Notre Etat est un Etat de droit où il devrait s'assurer que les services efficaces et rapides et d'autres services publics, indispensables pour le développement normal de la société contre de chacune des activités, soit dans le lieu de travail ou dans la famille en ce qui concerne le logement pour lequel les êtres humains ont droit. Pour les études de cas de la solidarité dans le paiement des services publics parce que même si la loi est claire sur les droits et obligations des utilisateurs et des entreprises, sont ces gens qui insistent à ignorer la norme par laquelle la Cour constitutionnelle se réfère à plusieurs reprises non seulement à la constitutionnalité de la norme, mais le devoir de faire respecter ceux-ci par les sociétés qui fournissent le service.

A cet effet, dans le cadre de travail, nous étudions la loi 142 de 1994, par lequel a établi le système des services publics partiellement modifiée par la loi 689 de 2001, où, entre autres créé la solidarité des les services publics résidentiels, indiquant que la loi exigeant que le propriétaire ou le possesseur de la propriété, les utilisateurs abonnés et un service sur un pied d'égalité à remplir ces obligations en vertu du contrat pour les services publics soient les bénéficiaires des droits qui en découlent pour vous abonner à l'respectives des entreprises, contrat qui est une loi uniforme et consensuelle, qui est responsable de remplir les obligations que vous avez, y compris le paiement en temps opportun des services utilisés. Or, comme à la solidarité de la Public Utilities Inutile de dire que, la loi de 1994 142 fixe une limite sur le paiement de la facture pour les services de trois mois ou deux factures quand le paiement est bimestriel, et après ce temps, les sociétés de services publics devraient cesser de l'utilisateur du service et ne pas laisser augmenter encore la dette, si c'est le cas et de lui permettre de continuer à faire le consommateur complété ce terme rompt la solidarité qui existe.

Mais bien que la loi est claire et précise sur le sujet insiste sur l'augmentation de permettre aux entreprises disproportionnée de la consommation plus tard pour faire la collecte de ces, ce qui rend l'utilisateur de voir leurs droits bafoués est portée à l'attention la justice de la situation, faisant finalement la Cour constitutionnelle, mais les échecs répétés ont révélé différentes Utilitaires entreprises domestiques sont responsables de la violation de l'obligation imposée

par la loi au sens de l'interruption de service et à ne pouvait donc pas entrer dans la charge facturée au-delà des trois factures ou deux selon le cas parce que, comme mentionné dans le même, la négligence de la compagnie fournissant le service d'ignorer leurs obligations l'empêcher d'exercer les pouvoirs ont la solidarité avec le propriétaire. Ainsi, même si la loi 142 de 1994 est clair en affirmant que si l'utilisateur ou l'abonné ne parvient pas à effectuer des paiements en temps opportun pour les services facturés dans le délai prévu, l'utilitaire sera obligé de suspendre le service si la violation entreprise l'obligation de suspension de service va briser la solidarité prévue par la présente règle est le cas que, grâce à leur échec a été déterminé à se conformer à cette obligation, de faire une étude claire et précise liée à la question pour éviter le doute dans le traitement et l'ignorance persistante de la décision par les entreprises fournissant des services publics à domicile. Enfin, et conformément à la loi 142 de 1994 modifiée par la loi 689 de 2001 et la lecture de phrases prises différentes est réalisé en conclure que la loi a institué une responsabilité du propriétaire, utilisateur et le titulaire du bâtiment faisant face à l'obligation légale assurer le paiement des services publics, mais a également déclaré que l'entreprise fournissant le service, a la responsabilité pour éviter une augmentation disproportionnée de factures impayées, sachant que cette solidarité qui est mentionné est rompu lorsque les factures impayées plus de trois.

MOTS CLÉS

Le contrat, la Solidarité, la responsabilisation, les passifs, les services publics, le propriétaire / utilisateur.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Objetivos. 2.1 Objetivo General. 2.2 Objetivos Específicos. 3. Problema Jurídico. 4. Justificación. 5. Marco constitucional. 6. Marco legal. 7. Marco conceptual. 8. Nicho citacional de línea jurisprudencial. 9. Conclusiones. 10. Referencias bibliográficas.

METODOLOGÍA

Esta investigación es desarrollada en razón a que a pesar de que la ley es clara en establecer las obligaciones de las empresas que prestan los servicios públicos domiciliarios al momento de existir incumplimiento en el pago de las facturas generadas por consumo, es la jurisprudencia la que determina el deber de cumplimiento de esta, haciendo un estudio claro y preciso relacionado con el tema para evitar dudas en el tratamiento y el insistente desconocimiento por parte de estas empresas.

Es así que a través de la lectura de las sentencias T223 de 2007, T227 de 2007 y C389 de 2002 básicamente se encuentra una serie de coincidencias no solo en el concepto y posición que se tiene frente al tema de la solidaridad en el pago de en los Servicios públicos domiciliarios sino también en diversos fallos que

se han generado por el incumplimiento reiterado de la norma, para lo que se hace el respectivo nicho jurisprudencial, en donde encontramos reiteradamente la sentencia T1432/2000 Y C493/1997 Y T927/1999, concluyendo que las empresas son las responsables de que exista un rompimiento en la solidaridad al momento del pago por consumo, ya que son las que permiten el desmesurado consumo, omitiendo insistentemente la norma de la que tienen pleno conocimiento.

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Constitución Política de nuestro país, Colombia es un Estado Social de Derecho (Art.1 de la Constitución) y sus fines esenciales son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Art.2 de la Constitución), y por ende se debe satisfacer las necesidades de la población y que el Estado ha determinado hacerlo a través de las empresas públicas y privadas que se han creado y que están bajo la vigilancia del mismo cumpliendo con funciones propias que se establecen con el fin de garantizar el pleno desarrollo de los derechos y obligaciones de sus asociados y principalmente buscando la satisfacción del interés general en aras de no vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo es importante analizar la responsabilidad que existe frente al pago del mismo por el uso de este, ya que en muchas ocasiones se considera que por ser domiciliarios y apoyándose en los derechos fundamentales de las personas se vulneran principios que hacen parecer al Estado como el único responsable frente al cuidado y protección de los mismos teniendo en cuenta que una de sus finalidades es el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (Art. 366 de la Constitución).

Según lo establecido en la Carta Magna de 1991 se permite que se presten estos servicios directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares (Art. 365 de la Constitución), delegándole la responsabilidad a la comunidad para la prestación de los mismos sin dejar de ejercer la vigilancia y control de estos. Y son estos particulares quienes sin salirse de los presupuestos legales deben establecer límites al momento de prestar el servicio que irán incluidos dentro de las cláusulas de los contratos que realicen con el usuario.

Como se menciona anteriormente el Estado debe, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan(Art. 370. de la Constitución) y verificar que esta cumplan las condiciones que se establecen en los contratos entre estas y los usuarios al igual que las cláusulas del contrato

estén dentro del marco legal y constitucional y así evitar que se vulneren no solo la ley que regula este tema sino que no se vulneren los derechos de los usuarios.

Pero no se puede olvidar que también debe existir algún tipo de responsabilidad frente a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios teniendo en cuenta que son los que directamente se benefician de estos, pues son estos quienes exigen el cumplimiento y la calidad de cada uno de los servicios como el agua potable, el gas, la luz, el teléfono, servicios indispensables en la vida de la comunidad, para el desarrollo de sus actividades diarias.

Por esto es importante analizar si existe dentro de los servicios públicos domiciliarios algún tipo de solidaridad o si la responsabilidad recae única y exclusivamente en el usuario o en la empresa prestadora de servicio. Por ello a través del desarrollo de algunos conceptos podremos determinar si existe o no solidaridad en el pago de servicios públicos domiciliarios y de ser así en que situaciones se presenta.

2. OBJETIVOS

2.1 Objetivo general

Determinar si dentro del contrato de servicios públicos domiciliarios existe solidaridad entre el propietario-arrendatario / propietario-consumidor para efectuar el pago del consumo realizado y si esta solidaridad deja de existir y bajo qué presupuesto se da.

2.2 Específicos

- Establece si el propietario de un inmueble es solidario en el pago de los servicios públicos frente al arrendatario y/o frente a los usuarios del servicio.
- Examinar los presupuestos en que se rompe la solidaridad dentro del contrato de servicios públicos domiciliarios.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Existe en el contrato de servicios públicos domiciliario frente al comprador-vendedor y/o propietario-usuario solidaridad al momento de efectuar el pago del consumo realizado por el servicio prestado?

3. JUSTIFICACIÓN

Lo que se pretende en el desarrollo del presente ensayo es determinar no solo si existe la solidaridad en el contrato de servicios públicos domiciliarios, si no el poder analizar y determinar cuáles son los compromisos que se adquiere como

beneficiarios y la responsabilidad de la empresa que presta cada uno de estos servicios.

Lo anterior obedece a que se desconoce por parte del usuario cual es la responsabilidad de la empresa frente a los hechos que generan consecuencias económicas futuras por el consumo que se realiza, y las acciones que se pueden tomar para evitar estos altos costos en la facturación que se efectúan por parte de las empresas prestadoras del servicio.

Lo anterior teniendo en cuenta que una vez revisada la jurisprudencia se ha encontrado que las empresas de servicios públicos insisten en desconocer lo establecido por la ley 142 de 1994, por tal razón la jurisprudencia es la que determina el deber de cumplimiento de esta, haciendo un estudio claro y preciso relacionado con el tema para evitar dudas en el tratamiento y el insistente desconocimiento por parte de las empresas que prestan el servicio público domiciliarios tal como se observa en las sentencias que se analizaran en el nicho citacional que encontramos al final de este trabajo.

Por esta razón a pesar de ser la ley tan clara y precisa, es la jurisprudencia la que obliga a cumplir el concepto y obligaciones establecidas en la ley, ratificando en cada una de las sentencias su posición frente a la obligación de las empresas de servicios públicos domiciliarios no solo de suspender el servicio en caso de mora para evitar el consumo desmesurado y los altos costos que pueda generar, sino también la terminación del contrato y la retirada de las acometidas en caso de reincidir en la conexión fraudulenta.

Es así que en el transcurso del trabajo lo que se pretende estudiar no es solo la ley existente y tal vez por muchos conocida, sino el reiterado incumplimiento de las empresas prestadoras del servicio haciendo que la jurisprudencia sea la que deba sentar un precedente frente al tema para darle cumplimiento a la norma.

4. MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de Colombia de 1991 dispone en su Título Primero de los Principios Fundamentales en su Artículo 2 los fines esenciales del Estado como:

“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo....”

Y al ser el nuestro un Estado Social de Derecho se deben fortalecer servicios y garantizar derechos considerados esenciales para que la sociedad pueda mantener un nivel de vida necesario para participar y así evitar que se dé la desigualdad social y reconocer un nivel de vida digna, para lo cual es necesario asegurar la prestación eficiente y oportuna de servicios públicos domiciliarios indispensables para un desarrollo normal de la sociedad frente a cada una de las actividades que realizan bien sea en la parte laboral o en la parte familiar respecto a la vivienda digna a la que tiene derecho todo colombiano (Art. 51 de la Constitución) y que ha de considerarse como lo más importante, pues allí es donde se desarrolla y se concentra la mayor crítica que se puede presentar pues por ser la familia el eje central de la sociedad, se entiende que es esta, quien acepta o desaprueba la calidad del servicio que se presta y como consecuencia de ello se genera la calificación del concepto de vida digna que se da por la sociedad en general.

Por otra parte el Estado será quien tenga la dirección general de la economía, la explotación de los recursos naturales, la utilización y consumo de los bienes y la eficacia de los servicios públicos y privados, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes (Art. 334 de la Constitución), y de esta forma asegurar la distribución equitativa y darle así la posibilidad de tener acceso a los bienes y servicios básicos incluido el de garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a aquella población vulnerable y de menores ingresos, y de esta forma el Estado como principal responsable de la prestación de los servicios no solo garantiza una vida digna sino la protección de derechos fundamentales que por conexidad se verían afectados por el mal servicios que se preste como el derecho a la salud y por consiguiente el derecho a la vida.

Ahora bien cabe anotar que por conexidad de derechos no solo el derecho a la salud se estaría afectando si no que la sociedad podría entrar a correlacionar las dificultades en la prestación de servicios públicos domiciliarios como por ejemplo deficiencia en la calidad de educación que se le presta a los niños, niñas y adolescentes, ya que se justificarían de alguna manera en la falla de servicio.

Por estas situaciones y muchas más que se pueden prestar estos servicios para preservar el nivel de vida digna de las personas y de acuerdo a los principios que se consagran en la Constitución Política de Colombia el Estado debe tener como finalidad asegurar la prestación eficiente de estos sometidos a un régimen jurídico para ello el artículo 365 constitucional establece:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada

por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

Se Concluye entonces que si la prestación es inherente a la finalidad social del Estado, es este quien debe garantizar directa o indirectamente que llegue a su consumidor de manera eficaz y bajo los presupuestos constitucionales y legales sin vulnerar derechos de una comunidad o sociedad, quienes son los destinatario y quienes tienen la titularidad de dichas necesidades y que finalmente reclamaran la satisfacción de cada uno de ellos.

No sin antes recalcar que esa obligación intrínseca el estado en la prestación efectiva, oportuna, y real de los servicios públicos como requisito sine quanon del desarrollo especial de los fines del estado debe materializarse en cada constituyente el estado colombiano y no ser premisa de obligación legal, y de futura fuentes de obligaciones por su desacato en la prestación, es decir no necesitamos saber que los tenemos a rango constitucional sino que los tenemos en cada núcleo familiar que los usa goza y disfruta, porque no vasta tener los mecanismos de control y vigilancia si es el mismo estado quien no concibe la realidad y verdadero fundamento de estos, los servicios públicos, crean sociedad, desarrollan sociedad, y culturizan a un pueblo que cree en su desarrollo.

5. MARCO LEGAL

Ley 142 de 1994, establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y cuyo ámbito de aplicación se da a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.

De la misma forma es la que establece las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos tales como las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, los municipios cuando asuman en forma directa a través de su administración central la prestación de los servicios públicos conforme a lo dispuesto en esta ley, las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley, las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la ley 142 estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17 ibídem.

A continuación, se presentan algunas de las normas que regulan la materia:

Ley 820 de 2003. Que establece nuevas reglas en materia de vivienda urbana y señala una forma de responsabilidad del usuario en materia de facturas de servicios públicos domiciliarios.

Ley 689 de 2001. Que modifica parcialmente las leyes 142 y 143 de 1994.

Decreto 1842 de 1991 del Ministerio De Desarrollo Económico por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios.

Decreto 302 de 2000 Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y que contiene el conjunto de normas que regulan las relaciones que se generan entre la entidad prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y los suscriptores y usuarios, actuales y potenciales, del mismo.

Resolución CREG 108 de 1997 Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones

Resolución CRA 151 de 2001 por medio de las cuales se reglamenta en forma general el servicio público de acueducto y saneamiento básico que tiene como objeto principal integrar y unificar la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Resolución CRA 293 DE 2004 Por la cual se establecen disposiciones para la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales en los contratos de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

6. MARCO CONCEPTUAL

Se entiende por Solidaridad en los servicios públicos Domiciliarios el derecho que se exige al propietario o poseedor del inmueble, al suscriptor y a los usuarios del servicio, en igualdad de condiciones a cumplir aquellas obligaciones establecidas en el contrato de servicios públicos por ser beneficiarias de los derechos que surjan del contrato que se suscribe con la respectiva empresa de acuerdo al servicio que se preste bien sea de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible (Ley 142, Artículo 14 numeral 14.21).

Sin embargo el usuario, quien suscribe el contrato, el propietario, o el poseedor del inmueble que recibe el servicio se hace responsable del cumplimiento de las obligaciones y deberes establecidos en este, ya que son quienes reciben el beneficio o hacen uso del servicio adquiriendo de esta forma la

obligación de ser solidarios en los deberes, obligaciones y derechos que surjan del mismo.

Esa solidaridad se da en el momento en que el usuario suscribe el contrato definido como un acto uniforme y consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados (Art. 128 de la Ley 142/94).

De esta manera se puede decir que al momento de suscribir el contrato se asume la responsabilidad de cumplir con los deberes y uno de ellos es el pago oportuno de los servicios utilizados. Por esto el usuario quien es la persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público domiciliario, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio, también conocido como consumidor (Numeral 3.48, Art. 3 del Decreto 302/00), debe cumplir con el pago oportuno de la factura que deberá reflejar no solo el consumo, sino que además deberá contener el periodo facturado, la fecha de pago oportuno y los demás requisitos exigidos por la ley.

Así el usuario del servicio podrá cancelar los valores relacionados en las facturas, sin embargo las empresas de servicios públicos deben allegar las facturas o cuentas de cobro con por lo menos cinco días de antelación, para que el usuario cumpla con su obligación dentro del término establecido para tal fin, de no podersele entregar la factura al propietario, o poseedor deberá dejarse en un lugar del inmueble, sin embargo el no recibo de esta no implica que el beneficiario quede exento del pago de las mismas.

Ahora bien en cuanto a la solidaridad de los Servicios Públicos Domiciliarios es necesario decir que la ley 142 de 1994 establece un límite en relación con el pago de la factura de los servicios que corresponde a tres meses ya que después de este tiempo las empresas de servicios públicos debe suspender al usuario el servicio y no permitir que se siga incrementando la deuda, de ser así y permitir que se siga realizando el consumo culminado este término se rompe la solidaridad que existe.

Es decir que después de tres meses de no cancelar el valor que se reporta en la factura y la empresa no evita que se siga dando el consumo por parte del usuario la solidaridad frente a los arrendatarios por parte del propietario se rompe pues este último no tendrá la obligación de cancelar esa deuda ya que es la empresa la responsable de que los altos consumos o el valor se incremente.

En desarrollo de este concepto la Corte constitucional en fallos de sentencias manifiesta que las empresas de Servicios públicos Domiciliario son las responsables por el incumplimiento de la obligación que la ley les impone en el sentido de interrumpir el servicio y por lo tanto no podrían entrar a cobrar lo facturado en exceso a los tres meses. En la Sentencia T-223 de 2003 con Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, la Corte conceptualiza:

*“Las empresas, en el evento del no pago de los servicios durante el lapso está facultado no solo para suspenderlo, sino para exigir el pago del mismo. Si omite suspender el servicio, le impone ejercer estas atribuciones frente al propietario deudor solidario, quien tiene el derecho de obtener la reinstalación y prestación de los servicios, mediante pago de la obligación contenida durante las 3 facturaciones iniciales, mas los correspondientes gastos de reinstalación y reconexión y las recargas durante dicho periodo. Por lo tanto desconoce, además, la empresa el derecho al debido proceso, **cuando debiendo interrumpir el servicio por no pago no lo hizo**, y abusando de su posesión (sic) dominante le exige el pago de lo facturado en exceso a los mencionados 3 meses y suspende el servicio el propietario del inmueble.”* (Resaltado fuera de texto)

De la misma manera, la Corte Constitucional en Sentencia T-227 de 2007 con Magistrado Ponente Clara Inés Vargas, manifestó:

“(…) en consecuencia si la empresa omite un deber impuesto por la ley, como lo es el de suspender el servicio en caso de mora, no puede trasladar los efectos de su proceder a terceras personas, pues con ello abusa de su posición dominante frente a los usuarios o suscriptores (...) Al respecto ha señalado que los propietarios de un inmueble tienen derecho a obtener la reconexión del servicio, previo el pago únicamente de las tres primeras facturas, más los gastos de reinstalación y reconexión, así como los recargos por dicho concepto”

Así mismo la ley 142 de 1994 en su artículo 130 que establece:

“Artículo 130. (...) Parágrafo. Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos periodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma”.

Claro es que no solo en la ley sino en los diversos conceptos que ha dado la Alta Corte se ha referenciado que la solidaridad si se puede romper en el evento en que la empresa no realice el corte del servicio debiéndolo hacer, pues es esta quien permite se realice el gasto y por lo tanto se generen los exagerados costos en la facturación.

Así mismo el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por la Ley 689 de 2001, dispone como causal de suspensión por incumplimiento

“(…) la falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) periodos de facturación en el evento en

que ésta sea bimensual y de tres (3) periodos cuando sea mensual, y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas”.

Y el artículo 140 de la ley 689 de 2001 reza:

“Artículo 140. Suspensión por incumplimiento. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes:

La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas.”

Cabe anotar que si el usuario cancela el servicio facturado por la empresa dentro del término legal esta tendrá la obligación de restablecer el servicio, pagando no solo el valor allí referenciado sino los gastos de reinstalación o reconexión en los que la empresa incurra, tal como se establece en el artículo 142 ley 142 de 1994:

Artículo 142. Restablecimiento del Servicio. Para restablecer el servicio, si la suspensión o el corte fueron imputables al suscriptor o usuario, éste debe eliminar su causa, pagar todos los gastos de reinstalación o reconexión en los que la empresa incurra, y satisfacer las demás sanciones previstas, todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato.

Si el restablecimiento no se hace en un plazo razonable después de que el suscriptor o usuario cumpla con las obligaciones que prevé el inciso anterior, habrá falla del servicio”.

Sin embargo de no suspender el servicio o restablecer el mismo sin que el usuario celebre acuerdo de pago, en el caso de existir contrato de arrendamiento, el propietario del inmueble no será solidario de las obligaciones que surjan a partir de tal restablecimiento y por lo tanto no estaría obligado al pago del servicio que se haya prestado al usuario, pues sería la empresa prestadora del servicio la responsable de que a pesar del incumplimiento en el pago de la factura no se haya evitado el incremento de este como se menciona anteriormente, tal como lo reitera el artículo 32 del decreto 302 de 2000 cuando dice:

ARTÍCULO 32: “Del Restablecimiento del Servicio en caso de Suspensión. Para restablecer el suministro del servicio es necesario que se elimine la causa que originó la suspensión, se cancelen las tarifas de reconexión y reinstalación, así como los demás pagos a que hubiere lugar.

La reanudación del servicio deberá realizarse a mas tardar dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al pago, so pena de perder la empresa a

favor del suscriptor y/o usuario el valor de la sanción por reconexión, el cual se deberá abonar a la cuenta de cobro inmediatamente posterior.”

Ha de considerarse que esta medida es pertinente y útil para el propietario del inmueble ya que en muchos de los casos el usuario o arrendatario del inmueble hace uso del servicio y al entregar la vivienda lo hace dejando facturas pendientes y exonerándose de su responsabilidad frente al pago de las mismas por lo tanto es prudente y pertinente ponerle un límite respecto de la solidaridad y de esta forma evitar que aquel que no se ha beneficiado de dicho servicio termine cancelando las sumas exorbitantes que se pueden generar no solo por irresponsabilidad del usuario si no por negligencia de la empresa prestadora de los Servicios, quien debió realizar el corte del servicio y por lo tanto desconoce el debido proceso al que tenía derecho el usuario o dueño del inmueble.

Para el caso del arrendatario si bien es cierto se habla de la solidaridad también es cierto que este debe cumplir con sus obligaciones como ya había referenciado y que además se establecen en la ley claro ejemplo de ello es la ley 820 de 2003 cuando en su artículo 9 plasma las obligaciones del arrendatario numeral 3:

*“Artículo 9 numeral 3 **Pagar a tiempo los servicios, cosas o usos conexos y adicionales, así como las expensas comunes en los casos en que haya lugar, de conformidad con lo establecido en el contrato.**” (Resaltado fuera de texto)*

Ahora bien frente a esta situación cabe anotar que la empresa de servicios públicos pese al incumplimiento por parte del usuario y al límite que existe en cuanto a la Solidaridad en el pago de lo facturado, se debe por parte de la empresa agotar un proceso dándole a saber al suscriptor o usuario sobre la medida que se tomara por la falta de pago, en este caso una vez más se pronuncio la Corte Constitucional en Sentencia C-389 de 2002 con Magistrado Ponente Clara Inés Vargas, cuando expreso:

“...la terminación del contrato no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que regula la norma bajo análisis, sino que por el contrario, debe estar precedida de un debido proceso en el que se le informe al suscriptor o usuario sobre la eventual adopción de esta medida a fin de ser oído y permitírsele la presentación de las pruebas y alegaciones necesarias para la presentación de las pruebas y alegaciones necesarias para su defensa antes de que se adopte la decisión correspondiente.”

Sin embargo en mi concepto y aun sin desconocer el derecho de defensa de los usuarios, en el momento de que el consumidor firma el contrato con la empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, se está aceptando por parte de este las obligaciones y deberes que allí se establecen y las condiciones bajo las cuales se prestara el servicio, ahora no se le violaría un debido proceso cuando en la

misma factura que se entrega al usuario se le informe la fecha límite de pago y la fecha en que el servicio será suspendido por no realizar el pago, caso en el cual el beneficiario sabe las consecuencias que generan la mora en el pago y por lo tanto está en su deber de cumplir con su obligación y evitar de esta manera la suspensión del servicio, respaldada esta medida que se toma por parte de la empresa por las normas jurídicas cuando establecen la suspensión del servicio por mora en el pago.

Sin olvidar o dejar de un lado el tema de la solidaridad considero que debe tener en cuenta que el servicio que se presta es de carácter oneroso, y hago referencia a esto porque la empresa de servicios públicos presta al usuario el servicio a cambio de un precio que le permite la misma ley y la Constitución Política de Colombia al establecer en su artículo 367 que:

ARTICULO 367. “La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, ...”

Por ello considero que el usuario al firmar un contrato debe conocer las obligaciones que tiene una de ellas el pago por el servicio prestado y las consecuencias por el no cumplimiento de la misma, la responsabilidad que tiene ya sea como propietario del inmueble o como usuario del servicio (arrendatario) del pago del consumo facturado que no es otro que como lo define la resolución CREG 108 de 1997 respecto del servicio de gas como el

“liquidado y cobrado al suscriptor o usuario, de acuerdo con las tarifas autorizadas por la Comisión para los usuarios regulados, o a los precios pactados con el usuario, si éste es no regulado. En el caso del servicio de energía eléctrica, la tarifa debe corresponder al nivel de tensión donde se encuentra conectado directa o indirectamente el medidor del suscriptor o usuario”.

Pues deben existir dentro de cada contrato unas cláusulas en donde se establecen las obligaciones de cada una de las partes que se deben aplicar de manera uniforme y por supuesto en donde se establezca de alguna manera el límite de responsabilidad de la empresa prestadora del servicio.

Es así que en cuanto a servicios públicos domiciliarios si existe la solidaridad y limite en ella, pues como se menciona en el desarrollo de este análisis y como se expresa por la ley y la Corte Constitucional en muchas de las sentencias que bien se pudieron nombrar el propietario es solidario con el arrendatario hasta por tres meses desde el momento en que incurre en mora y se rompería esta en el momento que la empresa prestadora del Servicio permite el incremento del consumo que conlleva a las elevadas sumas facturadas, momento en el que los consumidores no entrarías a responder necesariamente por las

sumas adeudadas ya que la ley expresamente ha manifestado que se debe por parte de quien presta el servicio realizar corte hasta que se generen los pagos.

Es así que la Corte se pronuncia una vez más frente a la obligación de realizar el corte por parte de la empresa prestadora del servicio cuando en la sentencia T-1432 de 2000 con Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, refiere lo siguiente:

"La empresa, en el evento del no pago de los servicios durante el indicado lapso esta facultada no sólo para suspenderlo, sino para exigir el pago del mismo. Si omite suspender el servicio, le impide ejercer estas atribuciones frente al propietario deudor solidario, quien tiene el derecho de obtener la reinstalación y prestación de los servicios, mediante el pago de la obligación contenida durante las 3 facturaciones iniciales, más los correspondientes gastos de reinstalación y reconexión y los recargos durante dicho periodo. Por lo tanto, desconoce, además, la empresa el derecho al debido proceso, cuando debiendo interrumpir el servicio por el no pago no lo hizo, y abusando de su posesión dominante le exige el pago de lo facturado en exceso a los mencionados 3 meses y suspende el servicio el propietario del inmueble.

"En consecuencia, la propietaria del inmueble tiene derecho a que se le reinstale el servicio de energía suspendido, porque la entidad accionada debió proceder a la suspensión del servicio, en el momento en que el arrendatario incumplió con el pago de tres períodos de facturación, para asegurar no sólo la protección de sus propios intereses, sino los derechos del propietario del inmueble."

Sin embargo en nuestra sociedad culturalmente se presenta una dualidad entre la responsabilidad y el derecho ya que se ha confundido el deber como consumidores de pagar por un servicio que nos prestan y el derecho que tenemos a recibir ese servicio ya que son esenciales, es así como el servicio de agua y luz son necesarios en la vida cotidiana de cada persona y por ello los usuarios reclaman como constitucional este derecho, para garantizar el derecho a una vida digna.

Bajo este aspecto una empresa puede realizar el corte por el no pago del servicio y la persona afectada demandar por el derecho que tiene a recibir este, ordenando en muchos casos por parte de un juez o autoridad, la reconexión bajo la firma de un acuerdo de pago, y no se tienen en cuenta los conceptos emitidos por la Corte y lo establecido por la ley, para estos casos considero se rompería la solidaridad entre el usuario/consumidor y el propietario del inmueble en los casos de arrendamiento, frente a los valores no generados dentro de los tres primeros meses de deuda, ya que quien firma por ejemplo el acuerdo de pago es quien se hace único responsable de esta obligación y el propietario no entraría como deudor solidario, sería una relación única y exclusiva entre el deudor/consumidor y la empresa.

Bajo este análisis concluyo afirmando que la solidaridad en los servicios públicos domiciliarios si existe, pero tiene un límite frente al consumidor, propietario y la empresa como institución prestadora del servicio, y es cuando la empresa prestadora del servicio público domiciliario no realiza el respectivo corte al observar que existe una mora en el pago, después de haber transcurrido tres meses si el pago es mensual o dos facturas si es bimensual.

7. NICHOS CITACIONAL DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL

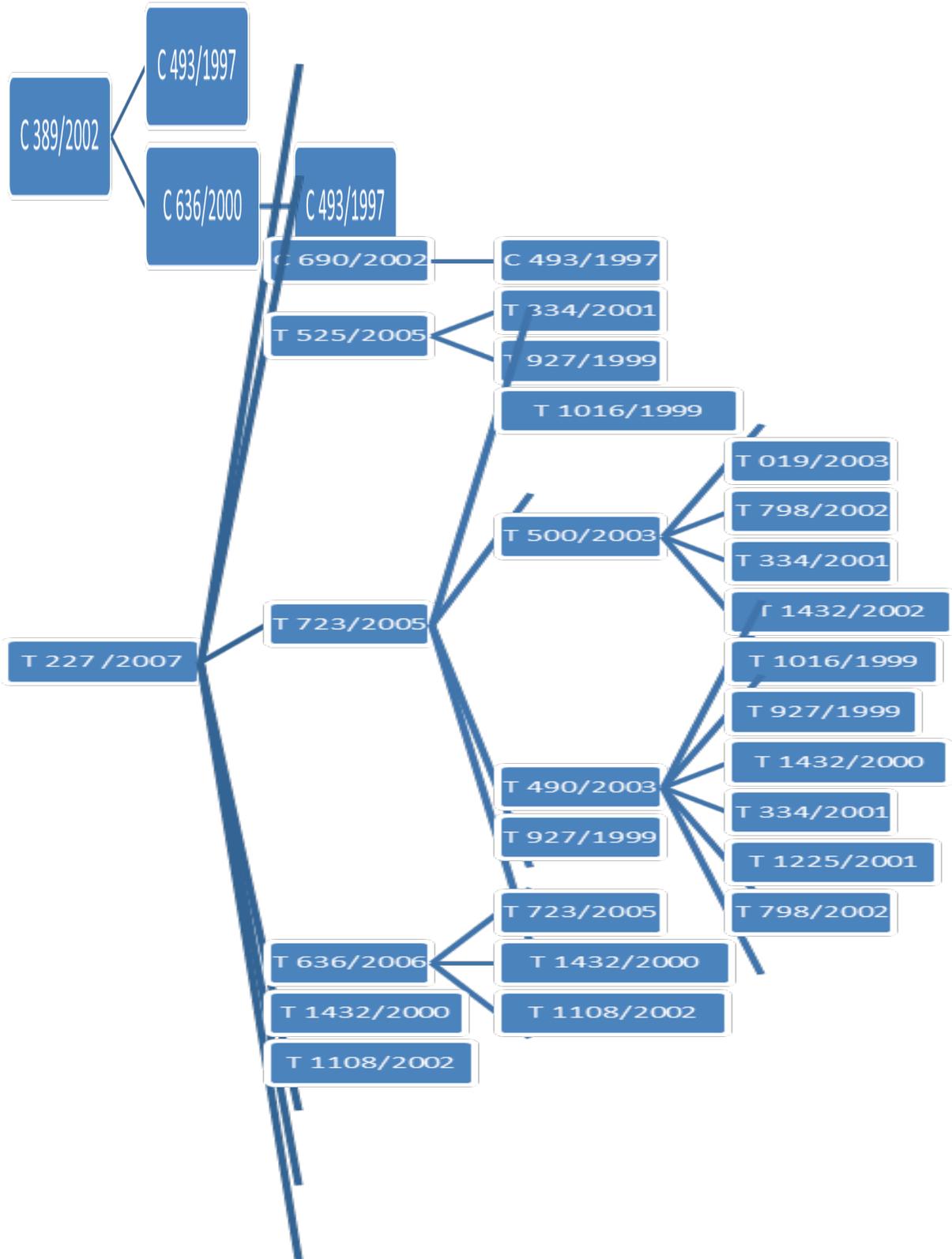
A través del tiempo se han presentado en reiteradas ocasiones situaciones similares frente al tema de la solidaridad en el pago de servicios públicos domiciliarios so pena de existir normas que rigen el tema.

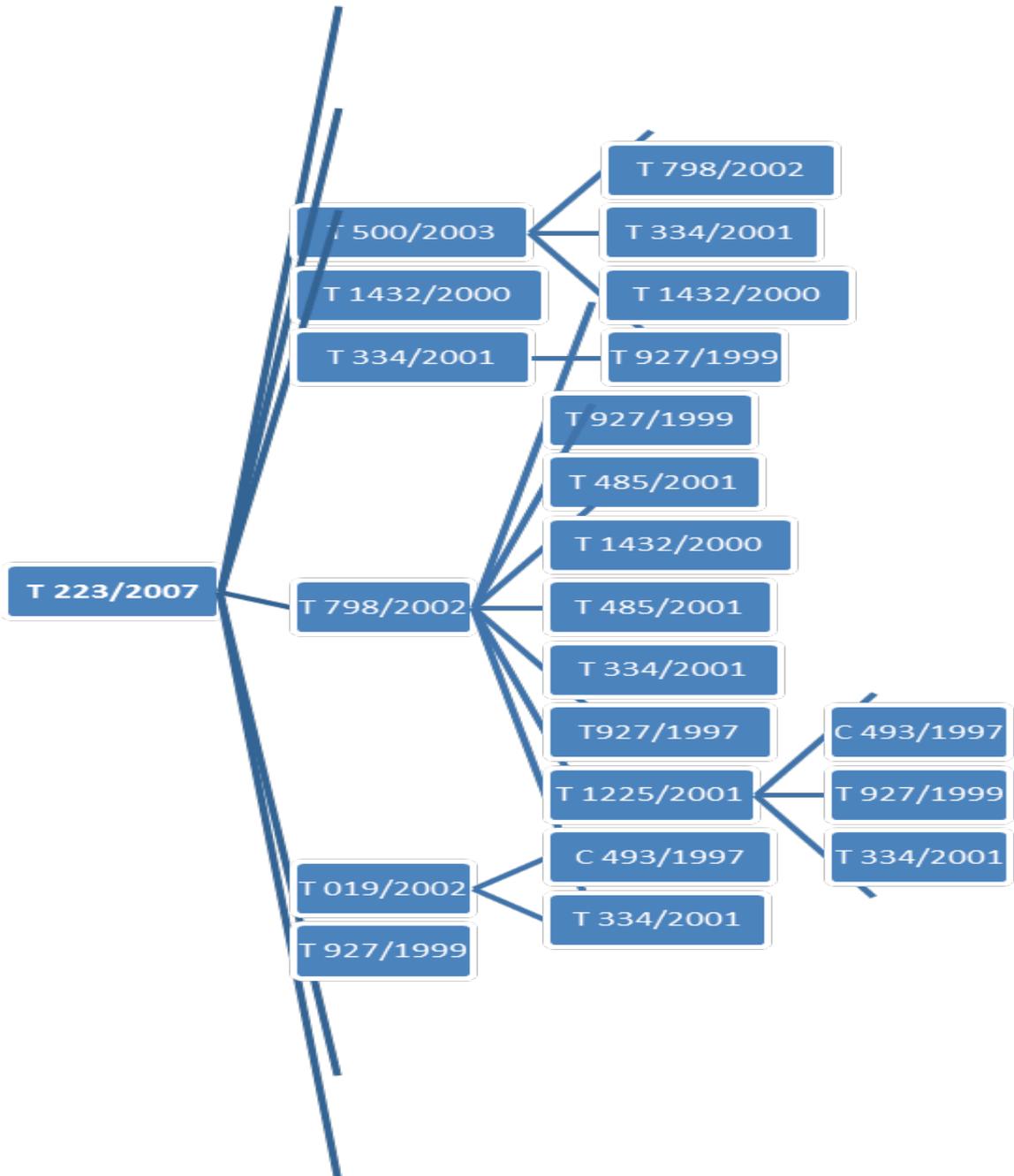
Es así que las personas que han sufrido la vulneración o desconocimiento de sus derechos en cuanto a este tema han puesto en conocimiento de las autoridades competentes estas situaciones quienes se han pronunciado para dirimir este tipo de conflictos y sentar precedentes frente al tema.

En el transcurso de este trabajo básicamente se relacionan las sentencias T223 de 2007, C 389 de 2002 y T 227 de 2007 que en su contexto refieren a la obligación que tiene la empresa de servicios públicos de suspender el servicio o realizar el corte del servicio si existe una mora en el pago de tres facturas si el pago se hace mensual o dos si es bimensual, de no realizarse esta suspensión es la empresa la responsable de que se generen altos consumos, eximiendo de responsabilidad al propietarios y/o consumidor de cancelar dichos valores.

En la lectura de cada una de estas sentencias encontramos que mencionan otros fallos en donde se ha dado un concepto frente a este tema coincidiendo todos en que efectivamente existe una solidaridad en el pago de servicios públicos domiciliarios pero que está a la vez tiene un límite que se presenta cuando existe omisión por parte de la empresa prestadora del servicio al no realizar el corte del servicio y evitar los altos consumos y la mora en dos o tres facturas si el pago es bimensual o mensual respectivamente.

A continuación relacionare las tres sentencias bases de este trabajo y su respectivo nicho citacional, estas sentencias a través del tiempo han reiterado la responsabilidad de los propietarios – consumidores y empresas de servicios públicos domiciliarios en lo que respecta al pago de la facturación realizada dentro de los términos de ley frente al tema de solidaridad, cabe anotar que a pesar que la ley es clara en el tema, es a través de la jurisprudencia que se ha reconocido por decirlo de alguna manera la responsabilidad de las empresas de servicios públicos al permitir los altos consumos facturados sin ejercer algún control ni proceder de acuerdo a la ley, dándosele así un tratamiento jurisprudencial.





ANÁLISIS ESTÁTICO DE JURISPRUDENCIA

Análisis de la Sentencia T-927 de 1999

Acción de tutela contra la Electrificadora de Bolívar S.A. Empresa de Servicios Públicos (ELECTRIBOL S.A. E.S.P.) en liquidación, y la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. Empresa de Servicios Públicos (ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.)

Actora: Rosa Franco de Crescenzi. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Se trata de un inmueble que se entregó en arriendo el 8 de julio de 1986 hasta el 12 de febrero de 1999, se ordena por parte del juez civil competente la restitución por haber incurrido en mora en el pago de los cánones acordados. La accionante y firma administradora del inmueble observan incumplimiento en el pago de energía y aseo por lo que solicitan el corte del mismo a la empresa prestadora del servicio y de esta forma evitar en incremento, pues la actora, por ministerio de la ley, es deudora solidaria de su inquilino incumplido. Una vez restituido el bien se solicita el restablecimiento del servicio a lo que la empresa responde con el envío de la factura de venta No. BO-99-1402466 correspondiente al mes de abril de 1999, según la cual tenía una deuda pendiente con Electrificadora de Bolívar S.A. E.S.P. de 7'813.902, y con aseo urbano de 2'301.932, para un total de 10.115.834; además, con Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P., total energía 445.511, total aseo 413.710, total factura del mes de abril, 859.221 por lo que se solicita por parte de la actora se le reinstale el servicio y se le facture solo los tres primeros meses de consumo más los gastos de reinstalación.

Dentro de los hechos se demostró que el inquilino de la accionante dejó de pagar las facturas correspondientes al servicio de energía, por tal razón se solicitó la suspensión del servicio a la empresa prestadora del mismo, petición que fue realizada sin embargo a pesar de esta suspensión, seguía existiendo un consumo fraudulento al que la empresa hizo omisión y siguió facturando el consumo e incrementando el saldo a su favor, so pena de esto pretenden cobrarle la deuda a la propietaria, violándole el derecho a la igualdad frente a todos los suscriptores y usuarios como si fueran agentes estatales, incumpliendo su deber de actuar de acuerdo a la ley violando de esta forma el derecho al debido proceso y el derecho a la igualdad, aun más cuando la ley autoriza a la empresa a realizar el corte tal como se establece en la Ley 142 de 1994 cuando refiere que la entidad prestadora podrá proceder igualmente al corte en el caso de acometidas fraudulentas.

Por lo que la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional ordena en su parte resolutoria a la empresa prestadora del servicio reinstalarlo, para lo cual la accionante deberá cancelar el costo de la energía que le fue facturada por los tres primeros meses de prestación del servicio, más los gastos de reinstalación.

Análisis de la Sentencia T-1432 de 2000

Acción de tutela instaurada por María Cleofe Guevara de Mera contra CODENSA S.A. Magistrado ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Se interpone acción de tutela contra CODENSA S.A., con el fin de que se le amparara el derecho de petición y al debido proceso que considera violados por esa entidad, ya que solicita la suspensión del servicio por que desconocía si el arrendatario estaba cancelando las facturas, solicitud que no fue atendida, argumentando que no habían facturas pendientes, que posteriormente reitera la solicitud a la que le responden que su inmueble presentaba una deuda de \$2.362.980, correspondiente a 11 meses de servicio, considera la actora que la cuenta se elevó hasta esa cifra por la negligencia de la entidad para exigir el pago a los ocupantes del inmueble, y por la omisión al no suspenderles el servicio cuando se presentó la mora, por lo que solicita se le liquiden los tres primeros períodos de facturación como lo ordena la ley.

La actora instauró la acción de tutela contra CODENSA S.A. porque esa entidad suspendió el servicio de energía a un inmueble de su propiedad y le ha solicitado el pago total de la deuda causada por sus arrendatarios durante 11 períodos de facturación, en consideración a que ella, según la ley, es deudora solidaria de las cuentas causadas por concepto de prestación de servicios públicos, a pesar de haberle avisado de la situación y la entidad omitir su obligación de suspender el servicio, tal como se lo solicitara oportunamente y como se establece por la ley.

La corte en una de sus salas interpreta el artículo 140 de la ley 142 de 1994 estableciendo que cuando la empresa desatiende la responsabilidad se vulnera el derecho a la prestación del servicio público domiciliario amparado por la Carta Política, perdiendo el derecho a reclamar. Lo anterior teniendo en cuenta que la ley es clara en establecer la responsabilidad de la empresa dándole la facultad de suspender un servicio al existir una mora superior a tres meses, si no lo hace es tolerante con esta situación y por lo tanto es una omisión imputable solo a la Empresa, por lo que existiría un abuso por parte de la empresa al no proceder a la reinstalación de los servicios, al parecer, por fuera del marco legal y por tanto de las prescripciones constitucionales. Por ello, en tal evento debe ampararse al propietario en su derecho, protegido por la Constitución y la ley, consistente en obtener la reinstalación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, cancelando únicamente la deuda causada durante las tres facturaciones iniciales, con los gastos de reinstalación o reconexión. De la misma forma la corte refiere que la ley impone a las empresas la obligación de suspender el suministro, a más tardar, en ese momento. Y si la empresa no lo hace, debe asumir los riesgos que ello le genera. Pero obviamente, esta salvaguardia para los propietarios opera únicamente en los casos en los que el propietario ignora que su inmueble se encuentra en mora en el pago, o cuando conociendo esta circunstancia, no ha logrado que la empresa proceda a suspender el servicio, a pesar de las solicitudes elevadas en este sentido. La mencionada garantía tiene por fin proteger a los

propietarios no usuarios que han sido asaltados en su buena fe por parte de los arrendatarios. De tal forma que para la corte el mencionar tantas veces lo establecido en el artículo 140 de la ley de servicios públicos puede ser entendida como una regla de equilibrio contractual, en la medida en que tiende a proteger tanto a la empresa como a los propietarios y a establecer la base sobre la cual se prestará el servicio a los usuarios.

Por lo tanto se acoge la posición en el sentido de que cuando la empresa a cargo del servicio público domiciliario no suspende éste, en caso de falta de pago por el término señalado en el inciso 2 del art. 140 de la ley 142/94, e impone en forma arbitraria a los responsables solidarios de la obligación la suspensión del servicio, y el cobro de la deuda acumulada, les vulnera sus derechos a la vida, a la salud, a la dignidad, y a la igualdad.

Por lo tanto la corte ordena la reinstalación del servicio y la liquidación de los tres primeros meses de consumo más los gastos de reconexión.

Análisis de la Sentencia T-334 de 2001

Acción de tutela instaurada María Díaz Viuda de Ortega contra la Empresa de Energía de Boyacá, E.S.P.

La accionante instauró acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y a la vida digna, los cuales consideró vulnerados por parte de la Empresa de Energía de Boyacá S.A., E.S.P., argumentando que arrendo un inmueble desde el 20 de enero de 1997, pero que el 5 de noviembre de 1999 pide la casa al arrendatario, encontrando que se encontraba en mora en el servicio de energía, asegura que en vista de esto se acerca a la empresa prestadora del servicio, solicitando se le facturara solo desde la fecha en que la accionante había entrado a habitar el inmueble recibiendo una respuesta negativa. Dentro de los hechos también encontramos que la accionante pone en conocimiento de la empresa la situación y solicita la facturación de los tres primeros meses a lo que la empresa prestadora del servicio responde que ello no era posible y le comunicaron que en cinco oportunidades le habían suspendido el servicio pero que el mismo había sido reconectado por personas ajenas a funcionarios de la entidad. La peticionaria aseguró que en la actualidad la cuenta asciende a la suma de \$4'539.220, lo cual significa que existen 33 períodos vencidos, y la entidad demandada no suspendió el servicio sino hasta mayo de 2000.

Considera la corte para el caso concreto que una vez la empresa prestadora del servicio se enteró de la situación, debió proceder al corte de este y al saber de las conexiones fraudulentas que hacía el usuario, debió promover contra este la acción penal correspondiente al delito de hurto. Sin embargo la empresa solo se limita a suspender la prestación del servicio y a hacerlo de manera sucesiva pese a tener conocimiento de las reconexiones fraudulentas a que acudía el arrendatario. Por esto la empresa no debió permitir esta situación

sino al tener conocimiento de esta debió resolver el contrato y proceder al corte del servicio y al retiro de la acometida, para evitar el incremento de la cuenta, ante esta negligencia de la empresa, la actora no tiene por qué sobrellevar consecuencias jurídicas que trasuntan un trato discriminatorio en relación con el que se le dio al arrendatario durante el tiempo que vivió en el inmueble, por lo que ordena a la empresa prestadora del servicio se liquiden los tres primeros meses de consumo más los gastos de reconexión para que la actora proceda a cancelarla y se le reconecte el servicio.

Análisis de la Sentencia C-493 de 1997

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 130 (parcial) de la ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, se solicitó la declaración de inexequibilidad del artículo 130 (parcial) de la ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

El texto de la norma acusada

Se transcribe a continuación el artículo 130 de la ley 142 de 1994, destacando el segmento acusado:

"LEY 142 DE 1994

(Julio 11)

por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia,

DECRETA: (...)

"Artículo 130. Partes del contrato. Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, y los usuarios.

"El propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.

"Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante los jueces competentes o bien ejerciendo jurisdicción coactiva por las empresas oficiales de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad, prestará mérito ejecutivo de acuerdo a las normas del derecho civil y comercial".

Según el demandante este artículo vulnera los artículos 369, 58, 83 y 15 de la Constitución Política, ya que se pretende vincular al pago de los servicios públicos a los propietarios de los inmuebles en los cuales se prestan, sin ser usuarios necesariamente de dichos servicios, además no puede desconocer ni vulnerar los derechos adquiridos que establece un régimen contractual de conformidad con las obligaciones que surgen de un contrato, sólo son

responsables las partes que lo celebran; sin contar el desconocimiento de la buena fe del suscriptor del contrato de servicios, pues se parte de una desconfianza en que el suscriptor pague.

Agrega el demandante que la violación del artículo 15 de la Constitución Política es indirecta, debido a que puede conducir al propietario no usuario a ejercer control sobre la intimidad del usuario, en orden a conocer directa y personalmente su índole moral, su estado financiero, etc.

Frente a esto la Corte considera que entre otras cosas y en relación con el tema de este trabajo, que las relaciones entre los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y las empresas que de ellos se encargan tienen por base un contrato que en términos de la ley 142 de 1994, es uniforme y consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

El ataque formulado por el demandante en contra de la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 130 de la ley 142 de 1994 se centra en la obligación de pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que, solidariamente, se impone por la ley al propietario del inmueble, al suscriptor y a los usuarios de los respectivos servicios. A juicio del actor el legislador extralimitó sus facultades al vincular a los propietarios al pago de los servicios, ya que el artículo 369 de la Constitución le confiere facultad para determinar los deberes y derechos de los usuarios y en su criterio, los propietarios no siempre son usuarios.

Para el caso el demandante se refiere a usuarios como las personas que en forma directa reciben los servicios, sin embargo la corte no está de acuerdo y relata no se le dio un específico sentido por lo que el legislador plasmó en la ley 142 de 1994 algunas definiciones, siendo del caso destacar que el suscriptor es, la persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos, y que el usuario es la persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio y añade la ley que a este último usuario se denomina también consumidor (art. 14.31y 33).

Aparece, entonces, que el propietario es también usuario de los servicios públicos domiciliarios y que esa comprensión subyace al establecimiento de la solidaridad en las obligaciones surgidas con ocasión de un contrato del que, por disposición de la propia ley, son partes la empresa prestadora y los usuarios, aunque en algunas ocasiones el propietario de un inmueble no es el consumidor directo de los servicios, ello no le quita su carácter de usuario, por cuanto aún en esas circunstancias el propietario reporta un conjunto de beneficios concretos de los cuales se vería privado si su bien no contara con las instalaciones y las redes, por lo que el propietario del bien puede ser llamado a responder aun cuando no sea consumidor directo y por qué existe también una solidaridad en los derechos, por cuya virtud los consumidores directos, así no sean propietarios, están

habilitados para exigir que el servicio les sea prestado eficientemente o que la empresa prestadora repare un daño que se haya presentado.

Los inconvenientes que se derivarían de suprimirles a las empresas públicas la posibilidad de obtener el pago de personas que como los propietarios, mantienen con el bien una relación más durable, permanente y de mayor entidad que la simple tenencia, serían más graves que los que eventualmente tendrían que soportar los titulares del derecho de dominio, quienes en el caso de ser compelidos a efectuar el pago, por obra de la solidaridad se subrogan en las acciones del acreedor, al paso que evitan el corte del servicio y el pago de los derechos de reconexión que les resultarían más gravosos.

Por lo que la Sala Plena de la Corte Constitucional Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 130 de la ley 142 de 1994, que dice:

"El propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos".

Análisis de la Sentencia C-636 de 2000

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 129(p) y 134 de la ley 142 de 1994, dentro del estudio que realiza la sala Plena de la Corte Constitucional se remite a la sentencia C 493 de 1997 de donde se extrae el análisis que allí se hace en la que se reconoce la constitucionalidad de la solidaridad entre el propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio, en lo relativo a las obligaciones y derechos derivados del contrato de servicios públicos, admitiendo como usuarios válidos de éstos, no sólo al propietario del inmueble, sino además a quien utiliza un inmueble y solicita a la empresa su admisión para recibir el servicio. Siendo ello así, resulta apenas normal y viable jurídicamente que personas diferentes al propietario, capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título pueda celebrar el respectivo contrato y ser beneficiario de la prestación de correspondiente servicio.

Igualmente, como lo señaló la Corte, que por tratarse de servicios que son anejos al inmueble, en cuanto son necesarios para mantener su valor comercial y asegurar el bienestar y ciertas condiciones de vida digna para quienes los habitan o utilizan para el ejercicio de diferentes actividades, se vincule solidariamente a su propietario con los usuarios o consumidores del servicio, cuando éste directamente no lo disfrute, no sólo por razón de la titularidad del dominio y la cercanía y relación que ello supone con el inmueble, sino en aras de asegurar el recaudo por las empresas de los costos del servicio, lo cual redundaría en beneficio de la estabilidad económica de las empresas gestoras de éste y de la eficiencia en su prestación.

Análisis de la Sentencia T-1225 de 2001

Acción de Tutela sala segunda de revisión de la Corte Constitucional, en esta sentencia se reitera la jurisprudencia frente a lo establecido en el artículo 130 de la ley 142 de 1994 en cuanto a la solidaridad en las obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos, para el análisis de esta se remite la corte a la sentencia C 493 de 1997 donde se declara la exequibilidad de este artículo, de la misma forma se menciona la sentencia correspondiente al Expediente Nro. 5439, del 6 de octubre de 1998 de la Corte Suprema de Justicia, donde se señaló entre otras cosas que la suspensión en el caso de mora en tres períodos de facturación, como lo establece la ley, consagra una regla de equilibrio contractual entre los usuarios y la empresa prestadora de servicios, así mismo se relaciona la sentencia T 927 de 1999 de la Corte Constitucional en la que manifestó que en caso de acometidas fraudulentas ya que si las empresa no realizan este corte están tolerando a ciencia y paciencia un comportamiento que pueden constituir un delito. También se refiere a la sentencia T 334 de 2001 donde la Empresa de Energía de Boyacá se limito a suspender la prestación del servicio pese a las continuas reconexiones fraudulentas cuando debió proceder al corte del servicio, resolver el contrato, y el retiro de la acometida, por lo que si la negligencia de la empresa se halla vinculada al incremento de la obligación la actora no tiene por qué sobrellevar consecuencias jurídicas que den un trato discriminatorio.

Por lo que en la sentencia T 1225 de 2001 se protege el derecho al debido proceso y se ordena la reinstalación del servicio y la liquidación de los tres primeros meses de facturación resultando claro que la jurisprudencia hizo que el Legislador, en forma expresa, señalara hasta dónde va el principio de solidaridad de que trata la ley, entre el propietario del inmueble, el suscriptor y el usuario, y estableciera que : “Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma.”

Análisis de la Sentencia T-485 de 2001

En este caso la Sala hace un análisis frente a la situación que da a conocer la accionante reiterando la posición de la Corte frente a que las empresas de servicios públicos deben realizar la suspensión del servicio cuando hay un incumplimiento en el pago, sin embargo para el caso concreto a pesar de existir la mora se estudia además la suspensión del servicio sin que se resuelva una petición desconociendo el derecho fundamental que tiene el propietario de contradecir los supuestos fácticos y el sentido de la decisión que finalmente les afectó a él y al actor, es claro que se ha incurrido en una violación del debido proceso, derecho éste que es susceptible de protección por el juez constitucional cuando no se deciden las acciones interpuestas contra decisiones contrarias a los propios intereses. Además se tutela el derecho al debido proceso del actor disponiendo que, si aún no se ha hecho, se restablezca el servicio de acueducto hasta tanto se resuelva la reclamación o petición hecha por la actora a la empresa de servicios públicos.

Análisis de la Sentencia C-690 de 2002

Se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 18 (parcial) de la ley 689 de 2001 “por la cual se modifica parcialmente la ley 142 de 1994, este modifica el artículo 130 de la ley 142 de 1994 “el propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor, y los usuarios de servicios son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos”. Para tomar una decisión la sala toma como referencia la sentencia C 493 de 1997 que declara exequible el artículo 130 de la ley 142 en donde se establece que existe esta solidaridad que a pesar que ya se había estudiado este en el artículo 18 mencionado anteriormente se adicionaba la palabra poseedor y por lo tanto debía la sala pronunciarse frente a este tema, argumentando, una vez más, que existe esta solidaridad y por lo tanto se declara exequible el segundo inciso del artículo 130 de la ley 142 de 1994 modificada por la ley 689 de 2001 artículo 18 ya que los propietarios, poseedores y suscriptores también son usuarios de los servicios públicos domiciliarios y el eliminar la palabra poseedor afectaría negativamente las condiciones de operación de las empresas por sustraer algunas personas del cumplimiento de sus obligaciones como consumidor o usuario del servicio.

Análisis de la Sentencia T-019 de 2002

Se trata de una acción de tutela en donde la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional estudia la supuesta violación al debido proceso y derecho de propiedad. En primer lugar la Corte señala que una persona capaz de contratar que habite o utilice un inmueble tendrá derecho a recibir los servicios públicos sin olvidar que el derecho a la prestación del servicio está condicionado al pago de las tarifas de conexión a que haya lugar. Igualmente señala que el artículo 130 de la ley 142 de 1994 establece las partes del contrato la empresa de servicios públicos y los usuarios, de la misma forma señala la sentencia C 493 de 1997 en donde precisa la relación de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y las empresas que de ellos se encargan, se basa en un contrato que de acuerdo a la ley es uniforme y consensual en donde la empresa presta los servicios públicos al usuario a cambio de un precio, igualmente el constitución habla de un régimen tarifario que debe tener en cuenta criterios de costos, solidaridad social y redistribución de ingresos.

De la misma forma relaciona la sentencia T 334 de 2001 frente a los derechos fundamentales en relación a que no son únicamente los relacionados en el capítulo I del título II de la Carta Política ya que si no son considerados por si solos, si lo son por inescindibles vinculados a otros que la posean pero que desaparecen si no son adecuadamente protegidos, entre otros los derechos del consumidor cuando se trate de servicios públicos domiciliarios en razón de su conexidad con el derecho a vivir en condiciones dignas, razón por la cual la empresa de Energía de Boyacá debió evitar el incremento desmesurado de una cuenta por lo que la corte ampara el derecho al debido proceso, protege el derecho a la igualdad y ordena liquidar los tres primeros meses y la reconexión del servicio.

Análisis de la Sentencia T-490 de 2003

En las consideraciones de la corte esta advierte que ha estudiado casos anteriores que guardan gran similitud y que se tendrán en cuenta algunas como T 927/99, T1016/99, T 1432/00, T334/01, T 1225/01, T 798/02, T 953/02 y T 011/03, proferidas por diferentes salas de revisión de la Corte y que constituyen precedente en la materia. Reseña para el caso el artículo 140 de la ley 142 de 1994 modificado por la ley 689 de 2000 artículo 19 que establece: “sin exceder en todo caso de dos periodos de facturación en el evento en que sea bimestral y tres periodos cuando sea mensual...” artículo que se debe interpretar sistemáticamente con el artículo 130 ibídem modificado igualmente por la ley 698 de 2000 artículo 18 en donde la norma lo señala “...*si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio, se rompe la solidaridad prevista en esta norma...*” entonces si la empresa lo omite no puede trasladar los efectos de su incorrecto proceder a terceras personas. Menciona la sentencia T 927/99 en donde la Sala dijo que las empresas demandadas toleraron a ciencia y paciencia un comportamiento que puede constituir un delito continuado contra el patrimonio, y se limitaron a facturar mensualmente el costo del bien mueble sustraído por medio de una acometida fraudulenta; en consecuencia, incumplieron durante todo ese lapso su deber de actuar de acuerdo con la ley vigente para poner término a tal situación irregular. De modo que como establece esta sentencia la responsabilidad solidaria entre el propietario de un inmueble (generalmente el suscriptor) y su arrendatario (usuario) se quebranta ante la negligencia de la empresa para suspender el servicio o adoptar las medidas pertinentes en caso de reconexiones fraudulentas.

A partir de ese momento, la entidad está voluntariamente suministrando el servicio y por lo tanto no puede responsabilizar de la carga económica que de ello resulte al propietario del inmueble. También hace relación en su parte resolutive la sentencia T-1432 de 2000, en donde precisó que los propietarios de un inmueble tienen derecho a obtener la reconexión del servicio, previo el pago únicamente de las tres facturaciones iniciales, más los gastos de reinstalación y reconexión, ya que la ley lo faculta para suspender el servicio en caso de incumplimiento y esa omisión le impide ejercer estas atribuciones frente al propietario deudor solidario, quien tiene el derecho de obtener la reinstalación y prestación de los servicios, mediante el pago de la obligación como se ha mencionado reiterativamente en este trabajo contenida durante las 3 facturaciones iniciales, más los correspondientes gastos de reinstalación y reconexión y los recargos durante dicho periodo.

Análisis de la Sentencia T-500 de 2003

Para este caso concreto la Corte señala el artículo 130 de la ley 142 de 1994, en donde se establece la solidaridad del propietario con el suscriptor y usuario en lo relativo a las obligaciones y derechos surgidos con la ejecución de un contrato de servicios públicos, norma que fue modificada por la ley 689 de 2001 artículo 18, que establece “el cual no excede dos (2) periodos consecutivos de

facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma...” igualmente la ley 142 de 1994 en su artículo 140 modificado por la ley 689 de 2001 artículo 19 dispone la causal de suspensión por incumplimiento y es la falta de pago por dos periodos cuando el pago es bimensual o tres periodos cuando el pago es mensual, por lo que una vez ésta causa deje de existir deberá realizar la reconexión del servicio y se deduce que si existen otros periodos adicionales a las tres primeras facturas o dos según el caso que hubiere generado por negligencia de la empresa en suspender puntualmente el servicio en los términos que la ley señala, no será excusa para que el servicio sea restablecido.

Para lo que la Corte señala la sentencia 1432 de 2000 como referencia sentencia que establece una vez más la facultad de la empresa de realizar la suspensión del servicio y exigir el pago del mismo, de no suceder esto la empresa desconoce el derecho al debido proceso cuando debiendo suspender el servicio no lo hizo y abusando de su posición dominante le exige el pago de lo facturado en exceso a los mencionados tres meses y suspende el servicio. Relaciona igualmente la sentencia T 334 de 2001 cuando manifiesta que “ante ello si su negligencia se halla vinculada al incremento de la obligación insoluta, la actora no tiene por qué sobrellevar consecuencias jurídicas...”, equivalentemente la sentencia T 798 de 2002 en la parte considerativa de esta decisión indica que la omisión de la empresa le impide ejercer las atribuciones que tiene frente al propietario deudor solidario...”, finalmente señala la sentencia T 019 de 2003 que debe recordarse que la solidaridad contemplada en la ley 142 de 1994, antes de la ley 689 de 2001 se restringía a los tres primeros periodos de facturación insolutos, tal como lo venían poniendo de presente la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional (art. 140 ley 142 de 1994).

Análisis de la Sentencia T-525 de 2005

La corte en sus consideraciones hace relación al artículo 140 de la ley 142 de 1994 norma que establece la suspensión por incumplimiento cuando refiere “...el incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio...”, la falta de pago por el termino que fije la entidad prestadora sin exceder en todo caso de tres periodos de facturación y el fraude a las conexiones acometidas medidores o líneas...” reseña de la misma forma la sentencia T 334 de 2001 en donde refiriéndose a la empresa señala “...esta era su obligación pues su responsabilidad también se halla ligada a evitar el incremento desmesurado de una cuenta por prestación de servicios cuando el se propicia en circunstancias completamente irregulares...” en efecto la Sala no olvido y reitera que la ley estableció una responsabilidad solidaria del propietario, el usuario y el tenedor del inmueble frente a la obligación legal de cumplir con el pago de los servicios públicos, pero igualmente no debe olvidarse que la empresa prestadora del servicio tiene la responsabilidad de evitar el incremento desmesurado de cuentas insolutas sabiendo de antemano que dicha solidaridad a la que se hace mención se rompe cuando las facturas no pagadas son más de tres, recordando

por la corte un caso similar en el que se expuso que las empresas demandadas toleran a ciencia y paciencia un comportamiento que pueda constituir un delito continuado contra el patrimonio y se limitaron a facturar mensualmente el costo del bien mueble sustraído por medio de una acometida fraudulenta, en consecuencia incumplieron durante todo ese lapso su deber de actuar de acuerdo con la ley vigente para poner término a esa situación irregular por lo que se ordena la reinstalación del servicio una vez se cancele lo relacionado en las tres primeras facturas y los gastos de reconexión.

Análisis de la Sentencia T-636 de 2006

En cuanto a la solidaridad y responsabilidad de las empresas de Servicios Públicos la Corte recuerda la sentencia T 1108 de 2002 en donde se reitera una vez más que en definitiva la empresa puede suspender parcial o totalmente la prestación de los servicios que prestan por falta de pago de los usuarios y suscriptores de las facturas emitidas de la misma forma insiste que el párrafo del artículo 130 de la ley 142 de 1994 modificado por la ley 689 de 2001 artículo 18 dispone que en caso de que la empresa prestadora omita suspender el servicio dentro de los dos periodos de facturación en el evento de que esta sea bimensual y de tres periodos cuando sea mensual como lo señala el artículo 140 de la ley 142 de 1994 se rompe la solidaridad prevista entre el propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio.

Describe igualmente que en la sentencia T 1432 de 2000 se considero que si bien la empresa suspende el servicio tardíamente no puede entonces exigir para la reinstalación del servicio el pago de la facturación completa que se adeuda por causa solo imputable a la empresa. La Corte igualmente en otra oportunidad en su parte considerativa señaló que la ley establece una responsabilidad solidaria del propietario, el usuario y el tenedor del inmueble, frente a la obligación legal de cumplir con el pago de los servicios públicos. Tiene igualmente la responsabilidad de evitar el incremento desmesurado de cuentas insolutas, sabiendo de antemano que dicha solidaridad a la que se hace mención se rompe cuando las facturas no pagadas son más de tres. De la misma forma toma como referencia la sentencia T 723 de 2005 que explica las condiciones inherentes a la obligación de suspender el servicio y sus consecuencias reiterando en uno de sus apartes que la responsabilidad solidaria entre el propietario de un inmueble y su arrendatario se quebranta ante la negligencia de la empresa prestadora del servicio público domiciliario para suspender o adoptar las medidas necesarias para evitar la reconexión fraudulenta.

Análisis de la Sentencia T-223 de 2007

Esta sentencia reseña igualmente la ley 142 de 1994 en lo relativo al contrato de servicios públicos, definiéndolo como un contrato uniforme y consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a una persona, denominada usuario, a cambio de un precio en dinero. De otro lado señala el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, dispone la solidaridad entre el

propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio, en lo que guarda relación con los derechos y obligaciones que derivan del contrato de servicios públicos.

Ahora bien, la Ley 689 de 2001 modificó este artículo y, si bien no alteró la disposición en materia de solidaridad, sí introdujo un párrafo que precisó los alcances de la misma, en los siguientes términos:

“Artículo 130. ...Parágrafo. Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma”.

Por su parte, el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por la Ley 689 de 2001, dispone como causal de suspensión por incumplimiento, “la falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) periodos de facturación en el evento en que ésta sea bimensual y de tres (3) periodos cuando sea mensual, y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas”.

La Corte realiza un análisis de acuerdo a lo planteado por la ley estableciendo varios puntos de los cuales se relacionan a continuación:

1. El propietario, el suscriptor y el usuario son solidariamente responsables frente a las obligaciones que se deriven del contrato de servicios públicos;
2. La empresa de servicios públicos se encuentra obligada a suspender la prestación del servicio en el evento en que se acumulen dos períodos de facturación insolutos, si ésta es bimestral, o tres, si ésta es mensual;
3. La solidaridad entre propietario, suscriptor y usuario se extiende únicamente hasta el momento en que surja la obligación de la empresa de suspender el servicio, esto es, hasta que el servicio se encuentre en mora por dos o tres meses, de acuerdo al período de facturación.
4. Si la empresa de servicios públicos, por negligencia o retraso, no suspende la prestación del servicio o lo hace tardíamente, dejando que transcurran más de dos facturas bimestrales o tres mensuales sin que se reporte el correspondiente pago, opera el rompimiento de la solidaridad.
5. En los eventos en que tiene lugar el rompimiento de la solidaridad, la empresa de servicios públicos puede cobrar solidariamente únicamente las dos primeras facturas bimestrales o las tres primeras mensuales. Por tanto, en lo que guarda relación con los demás meses facturados que se hayan generado, sólo podrá perseguir al usuario para su cumplimiento.
6. Cuando opera el rompimiento de la solidaridad, la empresa prestadora de servicios públicos se encuentra obligada a reinstalar el servicio, tras reportar el pago de los dos meses, en facturación bimestral o de los tres meses, en facturación mensual, aunado a la cancelación de los gastos de

reconexión y de las sanciones a que haya lugar, de acuerdo al contrato de condiciones uniformes.

Reitera la Corte en esta sentencia que las empresas al no existir el pago de los servicios de acuerdo a lo establecido por la ley está facultada no sólo para suspenderlo, sino para exigir el pago del mismo.

En este punto es importante traer a colación un pronunciamiento de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia proferido en sede de tutela, en el que con anterioridad a la promulgación de la Ley 689 de 2001, se avanzó en el reconocimiento del necesario rompimiento de la solidaridad tras perfeccionarse más de dos o tres períodos de facturación insolutos, según sea mensual o bimestral, en atención a que la ley consagra la figura de la suspensión del servicio, la cual se erige tanto en mecanismo de salvamento para la empresa prestadora de servicios públicos, frente al incumplimiento de las obligaciones el usuario, como en garantía a favor de los propietarios para que la responsabilidad en el pago no se extienda por concepto de servicios que voluntariamente la empresa ha consentido en prestar.

Precisó en esta sentencia la Corporación que *“La empresa, en el evento del no pago de los servicios durante el indicado lapso está facultada no sólo para suspenderlo, sino para exigir el pago del mismo. Su omisión le impide ejercer estas atribuciones frente al propietario deudor solidario, quien tiene el derecho de obtener la reinstalación y prestación de los servicios, mediante el pago de la obligación contenida durante las 3 facturaciones iniciales, más los correspondientes gastos de reinstalación y reconexión y los recargos durante dicho periodo...”*.

Análisis de la Sentencia T-227 de 2007

En este caso particular la Corte realiza un análisis y toma como referencia la sentencia C-690 de 2002 en donde expone que:

“...es razonable, pues no es arbitrario vincular al propietario, al poseedor, al suscriptor o al usuario en la satisfacción de las obligaciones de este tipo de contratos, pues cualquiera de ellos resulta beneficiado con la prestación del mismo en diferentes formas. Por tanto, no resulta arbitrario ni contrario a la Constitución que el legislador regule de esta manera la solidaridad en el contrato de prestación de servicios públicos, pues aunque podría existir una normativa distinta, la presente no desborda la facultad que le confirió el constituyente.

Por lo que considera que “...los propietarios, poseedores y suscriptores también son usuarios de los servicios públicos domiciliarios y que eliminar esta disposición afectaría negativamente las condiciones de operación de las empresas por sustraer a algunas personas del

cumplimiento de sus obligaciones como consumidores o usuarios del servicio. Por tanto, el aparte acusado habrá de declararse exequible.”.

Sin embargo, la ley dispone que las empresas de servicios públicos domiciliarios están en la obligación de suspender el servicio si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, en dos períodos consecutivos. Y si la empresa incumple la obligación de suspender el servicio se romperá la solidaridad prevista en la ley. Norma concordante con lo previsto en el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por la Ley 689 de 2001, artículo 19, que establece entre las causales de suspensión del contrato por incumplimiento del mismo la falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual.

En consecuencia, si la empresa prestadora omite suspender el servicio ante la falta de pago de *“dos períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual”*, se rompe la solidaridad prevista entre el *“propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio”*.

En efecto, la Corte ha reiterado en varias ocasiones por las diferentes salas de revisión que la solidaridad existente entre el *“propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio”* se rompe cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios omiten suspender el servicio ante la falta de pago de *“dos períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual”*. Así pues, en sentencia T-525 de 2005, la Corte manifestó lo siguiente:

“En efecto, la Sala no olvida que la Ley estableció una responsabilidad solidaria del propietario, el usuario y el tenedor del inmueble frente a la obligación legal de cumplir con el pago de los servicios públicos; pero igualmente no debe olvidarse que la empresa prestadora del servicio, tiene igualmente la responsabilidad de evitar el incremento desmesurado de cuentas insolutas, sabiendo de ante mano que dicha solidaridad a la que se hace mención se rompe cuando las facturas no pagadas son más de tres. De esta manera, si las facturas no canceladas sumaron, como así sucede en el presente caso, más de cincuenta y tres (53) meses, es consecuencia de la negligencia de la empresa ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. en asumir los correctivos más drásticos, para frenar esta situación. (Subrayado fuera de texto)

De la misma forma, en sentencia T-723 de 2005, esa misma sala de revisión explicó las condiciones inherentes a la obligación de suspender el servicio y sus consecuencias, de la siguiente manera:

“La Ley 142 de 1994 en su artículo 140 consagra el deber de las empresas prestadoras de los servicios públicos de suspender el servicio ante la mora en el pago de las facturas, sin exceder dos periodos de facturación en el evento en que éste sea bimestral y de tres periodos cuando sea mensual.

....
“En consecuencia, si la empresa omite un deber impuesto por la Ley, como lo es el de suspender el servicio en caso de mora, no puede trasladar los efectos de su proceder a terceras personas, pues con ello abusa de su posición dominante frente a los usuarios o suscriptores.

Recientemente la Corte Constitucional en sentencia T- 636 de 2006, consideró que los artículos 130 y 140 de la Ley 142 de 1994 constituyen *“un parámetro de equilibrio contractual y de garantía de la equidad que debe reinar entre las partes, que buscan proteger tanto al propietario de un inmueble como a la E.S.P. Por un lado, se garantiza la suspensión del servicio a partir de la mora en el pago de un número determinado de las facturas y, por tanto, se prescribe un límite material de crecimiento de la deuda. De otra parte, la suspensión misma constituye un mecanismo de coacción en favor del pago del crédito”.*

En sentencia T-1108 de 2002, la Corte estimó:

“En definitiva, las empresas en mención pueden suspender, parcial o totalmente, la prestación de los servicios que prestan por falta de pago de los usuarios y suscriptores de las facturaciones emitidas, pero para el efecto están en el deber de observar estrictamente el procedimiento que les permite hacer su uso de esta prerrogativa...”

De esta forma concluyo el nicho citacional encontrando que en cada una de las sentencias a pesar de existir una ley que regula el tema de la solidaridad y que de la que hacen relaciona en las consideraciones de cada una de ellas, también es claro que es la Corte quien ratifica que las empresas desconocen este derecho y por esto debe dársele un tratamiento jurisprudencial para ratificar la norma.

8. CONCLUSIONES

Se logra determinar que si existe la solidaridad en el pago de servicios públicos domiciliarios

So pena de existir la solidaridad en los servicios públicos domiciliarios se establece por los diferentes conceptos que se han emitido que existe un límite y esta puede dejar de existir.

La empresa está en la obligación de realizar el corte del servicio una vez incurra en mora por un periodo no superior a los tres meses.

El límite de la solidaridad existe para el propietario-consumidor hasta los tres meses en que incurrió en mora, transcurridos estos tres meses se rompe la solidaridad y el propietario no se hace responsable del pago de la deuda.

Frente a la obligación del vendedor – comprador, no existe solidaridad ya que este último adquiere el inmueble libre de cualquier deuda que exista por lo tanto el vendedor es quien responde única y exclusivamente por la mora en la que incurrió.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución Política de Colombia. Julio 20 de 1991.

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Julio 11 de 1994. Diario Oficial No. 41.433.

Ley 689 de 2001. Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994. Agosto 28 de 2001. Diario Oficial No. 44.537.

Ley 820 de 2003. Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones. Julio 10 de 2003. Diario Oficial No. 45.244.

Decreto 302 de 2000. Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado. Febrero 25 de 2000. [Presidencia de la República].

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-223/07. (Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil; 23 de marzo de 2007).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-389/02. (Magistrado Ponente Clara Inés Vargas; 22 de mayo de 2002).

Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-227/07. (Magistrado Ponente Clara Inés Vargas; 26 de marzo de 2007).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-493/97. (Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz; 2 octubre de 1997).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-636/00. (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell; 31 de mayo de 2000).

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-1432 /00. (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell; Octubre 19 de 2000).

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-1225/01. (Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra; 22 de noviembre de 2001).

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-334/01. (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño; 29 de marzo de 2001).

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-485/01. (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño; 11 de mayo de 2001).

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-019/02. (Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería; enero 23 de 2002).

Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-490/03. (Magistrado Ponente Clara Inés Vargas; 6 de junio de 2003).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T-500 de 2003. (Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil; 16 de junio de 2003).

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-525/2005. (Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto; 20 de mayo de 2005).

Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-636/06. (Magistrado Ponente Clara Inés Vargas, 03 de agosto de dos mil seis 2006).

Resolución CREG 108 de 1997. Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones.

**PARTE III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O
COMPARADAS.**

LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

Ph. D. Natalia Barbero*

Fecha de entrega : 5 de marzo de 2012

Fecha de aprobación: 4 de junio de 2012

RESUMEN**

El artículo trata la protección de los derechos de las mujeres en el ámbito del Derecho Internacional, esto es, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. Se hace una especial referencia a la temática de la trata de personas en particular.

ABSTRACT

This paper studies the rights of women in International Law, that is, in International Human Rights Law, International Humanitarian Law, and International Criminal Law. A special reference is made to the topic of human trafficking in particular.

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos de las mujeres. Violencia contra mujeres. Violencia sexual. Derecho Internacional. Instrumentos internacionales. Trata de personas.

KEY WORDS

Human rights of women. Violence against women. Sexual violence. International Law. International treaties. Human trafficking.

RÉSUMÉ

* Ph. D. en Derecho Penal, Universidad de Estudios a Distancia, España. Profesora de Derecho Penal, de Derecho Penal Internacional y de Derechos Humanos, en el Postgrado de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho Penal Internacional de la Especialización en Derecho Penal para el Ministerio Público Fiscal, y para la Universidad de Belgrano. Email: nataliabarbero@speedy.com.ar.

** Artículo de investigación, producto de un estudio iniciado en el tema en particular a partir de una serie de conferencias y trabajos compartidos con operadores del Derecho llevadas a cabo a partir de encuentros organizados por el Consejo Noruego para los Refugiados, con sede en Bogotá, Colombia, con la participación de la Corporación Humanas, en dos años consecutivos.

L'article traite de la protection des droits des femmes dans le domaine du droit international, à savoir le droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et le droit pénal international. Il fait référence particulière à la question du trafic d'êtres humains en particulier.

MOTS CLÉS

Les droits humains des femmes, la violence contre les femmes, la violence sexuelle, le droit international, les instruments internationaux, le trafic des personnes.

SUMARIO

1. Justificación. 2. Introducción. 3. Objetivos. 3.1. Objetivo general. 3.2. Objetivos específicos. 4. Desarrollo. 4.1. La violencia contra mujeres. 5. La protección de las mujeres en el DIDH. 6. La protección de las mujeres en el DIH. 6.1. Protección general. 6.2. Protección específica de mujeres y contra la violencia sexual. 6.3. Infracciones graves. 7. Lineamientos en el derecho internacional de los refugiados y de los desplazados. 8. Derecho penal internacional. 8.1. Crímenes contra la humanidad. 8.2. Crímenes de guerra. 9. Normas internacionales obligatorias en el ámbito interno. 10. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 11. Casos judiciales de delitos sexuales sistemáticos: el caso Argentino. 11.1. Juicio a la junta militar argentina. 11.2. Casos judiciales posteriores. 12. Especial referencia al tema de la trata de mujeres. 13. Conclusiones. 14. Referencias bibliográficas.

METODOLOGÍA

El presente trabajo es descriptivo y analítico. Se ha seguido una metodología de estudio y análisis de la evolución internacional sobre la temática, en particular, con base en los informes y trabajos de las organizaciones internacionales. Asimismo, se han estudiado de manera comparada los trabajos previos realizados a nivel doctrina, combinado con el estudio de los principales casos interamericanos y nacionales sobre el tema de investigación.

1. JUSTIFICACIÓN.

El estudio del tema es de interés histórico y actual. Tras una evolución difícil y particular de los derechos humanos de la mujer, partiendo desde su primer reconocimiento hasta su mayor alcance en atención a un grado de vulnerabilidad especial, se estudia el escenario jurídico internacional sobre el tema. El estudio es útil sobre todo por la continuidad de situaciones de riesgo, de mayor vulnerabilidad, y el aumento de contextos de coerción, así como la nueva ocurrencia de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en el contexto nacional e internacional, situaciones en las cuales las mujeres resultan

ser víctimas primeras y la violación de sus derechos resulta ser de singulares características.

2. INTRODUCCIÓN.

Por "violencia contra la mujer"¹ se debe entender todo acto de violencia que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada, e incluida la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales, la trata de mujeres y niñas, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina, el matrimonio precoz y forzado, el infanticidio de niñas, los actos de violencia y los asesinatos relacionados con la dote.

Dentro de este amplio marco de violencia, se dan situaciones particulares que requieren de especial protección, ya desde el Derecho Internacional. La violación de los derechos humanos de la mujer y la violencia sexen su contra, es singular desde que suele ocurrir en el contexto de conflictos armados o de violaciones masivas de derechos humanos, así como en el particular sentido de los derechos específicos que se ven afectados. Ambos elementos se dan de manera particularmente singular en el caso de las mujeres, y ello es alcanzado y cubierto por el Derecho Internacional, en sus diferentes ramas.

3. OBJETIVOS.

3.1. OBJETIVO GENERAL.

Analizar los derechos humanos de la mujer en Derecho Internacional, como marco normativo obligatorio.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

Destacar la evolución de los derechos humanos de la mujer.

Identificar los escenarios de mayor vulnerabilidad.

Analizar la protección de los derechos humanos de la mujer en las diferentes ramas del Derecho Internacional.

4. DESARROLLO.

4.1. La violencia contra mujeres.

Dentro del ámbito de violencia, la violencia sexual contra la mujer se da en toda sociedad, democrática o no, en tiempos de guerra o en tiempos de paz.

¹ Al respecto puede consultar la Resolución 2003/45, 59ª sesión. 23 de abril de 2003 [Comisión de Derechos Humanos].

En el particular ámbito de los conflictos armados, la violencia contra la mujer en general, que llega al caso de violencia sexual en algunas situaciones, ocurre en un ciclo que comprende diferentes fases de violencia².

Durante el conflicto, se da la violencia sexual contra mujeres por parte de las personas en el poder, soldados, policías y agresores. Se han dado múltiples casos de “esclavas sexuales”, o incluso “esclavas domésticas” que también eran sometidas a actos sexuales sin su consentimiento o por la fuerza.

Luego, en caso de escape, durante esta etapa de huida la violencia sexual continúa ya por parte de delincuentes o policía fronteriza, y llega a casos de trata y contrabando.

En el país de asilo o refugio, la violencia sexual por parte de las autoridades puede darse a través de la extorsión, y suele incluir el abuso sexual de niñas adoptadas y la violencia doméstica, así como la agresión sexual durante la provisión de recursos: recolección de leña, agua, etc., e incluso mediante conductas de sexo no consentido a fin de sobrevivir. Se han dado casos de violencia sexual durante la distribución de ayuda, ocasión en la cual las mujeres pueden verse obligadas a intercambiar favores sexuales a cambio de recibir alimentos. Se encuentran, asimismo, expuestas a la violencia sexual por parte de otros refugiados, de la población local, de los combatientes que actúan en las cercanías y de las fuerzas de policía o de seguridad del país de asilo.

Finalmente, durante la etapa de repatriación, es posible el abuso sexual de mujeres y niñas separadas de la familia, nuevamente la agresión sexual por parte de las personas en el poder, delincuentes o policía.

Ahora bien, en tiempos de paz, la violencia sexual contra mujeres también está presente. Las estadísticas son alarmantes:

- Una de cada tres mujeres ha vivido o vivirá algún tipo de violencia a lo largo de su vida.
- Una de cada cinco mujeres ha sido o será víctima de violación sexual o su intento.
- El 19% de los problemas de salud que tienen las mujeres de entre 15 y 44 años en los países desarrollados se relacionan con la violencia en el hogar y las violaciones.
- Muchas mujeres sufren acoso sexual en diferentes momentos de su vida. Entre un 40% y un 50% de mujeres de la Unión Europea lo reportaron en el lugar de trabajo.
- Más del 80% de las víctimas de trata de personas, son mujeres obligadas a ejercer la prostitución, trabajos forzados o servidumbre³.

² Ver cuadro completo en PURDIN (1995).

³ Estos datos fueron tomados del *Estudio a Fondo de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra las mujeres*.

-
- Entre un 16 y un 41% de las mujeres examinadas denunciaron un ataque físico por parte de una pareja.
 - Se estima que, en África del Sur, violan a una mujer cada 83 segundos: solamente uno de cada 20 casos son denunciados ante la policía.
 - Más de 90 millones de mujeres africanas son víctimas de mutilación genital (CONFERENCIA INTERAGENCIAL, 2001; p.14).

Estas situaciones de violencia sexual no sólo son cubiertas por las previsiones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (“DIDH”), sino que también han recibido un tratamiento particular en otras ramas del Derecho, tanto en el Derecho Internacional Humanitario (“DIH”), en el Derecho Internacional de Refugiados y Desplazados, como en el Derecho Penal Internacional (“DPI”). Del mismo modo, debe ser tratada en el Derecho interno de cada Estado.

5. LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES EN EL DIDH.

Fue necesaria una larga lucha para alcanzar el marco de protección que existe hoy para las mujeres, de contenido general y específico, universal y regional⁴, que busca establecer los derechos humanos básicos y garantizar su respeto para este particular grupo de personas, “particular” por razones de mayor vulnerabilidad en ciertos aspectos, en primer lugar, y por razones de respeto al principio de igualdad y no discriminación, en segundo término.

Los derechos humanos rigen en todo tiempo, en todo ámbito y en toda región. Los derechos humanos de las mujeres en particular fueron reconocidos en instrumentos de diversos ámbitos jurídicos y llegaron a entretener una red de protección que rige y contiene normas de obligatoria aplicación universal.

En el ámbito de las Naciones Unidas, se trató la vulnerabilidad de la mujer en la Resolución 1687 de 1972 del Consejo Económico y Social, y en la Conferencia Mundial sobre la Mujer, en México en 1975.

Ahora bien, de manera específica, recién por la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* de 1979, los Estados tienen obligación de poner fin a la discriminación contra las mujeres en el goce de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Esta Convención también impone obligaciones a los Estados respecto de las situaciones específicas de trata, explotación y prostitución de mujeres (Art. 5 de la Convención), lo cual puede darse en tiempos de conflicto armado o en tiempos de paz.

⁴ Para ampliar la información relacionada con el tema, puede consultar: (MOREYRA, 2007) y (ODIO BENÍTEZ, 2004).

Luego, en la Conferencia de Nairobi de 1985, se reconoció expresamente la vulnerabilidad de las mujeres respecto del abuso sexual y la violación en la vida diaria.

Las niñas tienen además la protección específica dada en general a los niños en la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989. Dicha protección debe ser garantizada por los Estados, sin ningún tipo de discriminación, es decir, para niños y para niñas, y en particular aplica en caso de conflicto armado según lo dispuesto por el artículo 38 de la Convención (MOREYRA, 2007; p.37).

La Convención sobre los Derechos del Niño también ha previsto la adopción de medidas dirigidas a la eliminación de la explotación y abuso sexual. Su artículo 34 dispone: *“Los Estados parte se comprometen a proteger al niño en todas las formas de explotación y abuso sexuales”*, y su artículo 35 busca que los Estados impidan el secuestro, la venta o la trata de niños, tema éste que ha merecido tratamiento específico que veremos más adelante⁵.

En 1992, el Comité sobre la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, órgano que monitorea la respectiva Convención, adoptó la Recomendación General N° 19 sobre *“La violencia contra la mujer”*⁶.

A fines de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*⁷, la cual identifica tres categorías de violencia contra las mujeres: física, sexual y psicológica. Esta Declaración reconoce en su Preámbulo que las mujeres, en situación de conflicto armado, son especialmente vulnerables a la violencia, por lo que los gobiernos deben tomar todas las medidas necesarias para apoyar a las víctimas y castigar a los perpetradores.

Dice esta Declaración:

“Artículo 1. A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Artículo 2. Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

⁵ Una protección adicional es conferida por medio del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados*, aplicable por supuesto a niñas mujeres. Ambos instrumentos fueron adoptados en el año 2000 y entraron en vigencia en el año 2002.

⁶ A/47/38.

⁷ A/RES/48/104.

a) *La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;*

b) *La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;*

c) *La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.*

El trabajo de Naciones Unidas es fuerte en esta temática. De modo permanente, el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la mujer (UNIFEM) trabaja especialmente en la lucha contra la violencia contra mujeres⁸. Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)⁹ trabaja en distintas partes del mundo para abordar la violencia hacia las mujeres, retomando los objetivos de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas “*Unidos para poner fin a la Violencia contra las Mujeres*”¹⁰.

Además, la violencia hacia las mujeres es uno de los ejes de trabajo de la estrategia para la acción del PNUD a nivel global durante el período 2008-2011.

En fin, hoy existe un marco de instrumentos internacionales tanto generales como específicos que tratan el tema de la violencia contra la mujer. Sin embargo, la violación de los derechos humanos de la mujer continúa siendo un evento corriente, y en particular aumenta el flagelo de la violencia y la violencia sexual contra mujeres.

6. LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES EN EL DIH.

6.1. Protección general.

En el ámbito de los conflictos armados, por medio de una enumeración de principios básicos (MOREYRA, 2007; p. 27), se dio un marco general que protege a las mujeres. Son tres estos principios fundamentales:

1) El principio de no discriminación implica que las mismas garantías son merecidas por todas las personas, sin discriminación, sin distinción de ningún tipo, en particular, sin distinción de género o sexo. La no discriminación implica

⁸ La página web de éste fondo es www.unifem.org

⁹ Puede ampliar la información de este programa, en www.pnud.org

¹⁰ Véase, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. (2009).

igualdad¹¹. En los cuatro Convenios de Ginebra y en los dos Protocolos Adicionales se estipula que las categorías específicas de personas a quienes se concede protección deben ser *“tratadas con humanidad (...) sin distinción desfavorable basada en el sexo”*.

2) El principio de trato humano impone a los beligerantes la obligación de tratar con humanidad a las personas civiles que se encuentren bajo su poder. Existen pautas mínimas sobre el trato que las partes en conflicto deben dar a toda persona que se halle en su poder. Son garantías básicas que son aplicables de conformidad con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, por el cual están prohibidos: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; entre otras conductas.

3) El principio de protección contra los efectos de las hostilidades obliga a las partes en un conflicto armado a hacer distinción entre la población civil y los combatientes, y a no dirigir ataques contra los civiles. Además se prohíben los ataques indiscriminados, esto es, los ataques que pueden alcanzar indistintamente a militares y a civiles.

6.2. Protección específica de mujeres y contra la violencia sexual.

Existen disposiciones del DIH específicas para la protección de las mujeres, algunas de las cuales se pueden relacionar con la protección contra la violencia sexual en algunas de sus formas.

La IV Convención de La Haya de 1907 referida a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, considerada Derecho Internacional consuetudinario, prevé en su artículo 46 la protección al honor y derechos de la familia. Allí podría verse cubierto el crimen de violación, pero es una prohibición vaga e indirecta contra la violencia sexual al tipificarla como una violación "al honor familiar". Tal artículo es neutral en lo que concierne al género y se aplica tanto a hombres como a mujeres que resultan víctimas de violencia sexual en conflictos armados.

Ya desde 1907, con la adopción de la cláusula Martens en el preámbulo de la IV Convención de La Haya, la comunidad internacional ha reconocido que, en todo tipo de conflicto, tanto las poblaciones como los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Por otra parte, en el Derecho de Ginebra encontramos un marco específico de protección:

¹¹ Véase sobre la igualdad de género y derechos humanos, *Desafíos para la Igualdad de Género en la Argentina*, Estrategia del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, p. 16 y ss.

El I Convenio de Ginebra, en su art. 12, protege las mujeres que son miembros de fuerzas armadas, que resulten heridas o enfermas en conflictos armados. Dice que *“Serán tratados y asistidos con humanidad por la Parte en conflicto que los tenga en su poder, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo (...). Está estrictamente prohibido todo atentado contra su vida y su persona (...) Se tratará a las mujeres con todas las consideraciones debidas a su sexo”*.

El II Convenio de Ginebra, en su art. 12, prevé una disposición similar que cubre la situación de las víctimas de naufragio.

El III Convenio de Ginebra, en su art. 14 sobre el respeto a prisioneros, dice: *“Los prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor. Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y, en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres (...)”*.

Y el IV Convenio de Ginebra, en su art. 16, prevé: *“Los heridos y los enfermos, así como los inválidos y las mujeres encintas, serán objeto de protección y de respeto particulares (...)”*.

También, el art. 27 del IV Convenio de Ginebra dispone: *“Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”*.

Los actos contra los cuales las mujeres están protegidas por este artículo están y permanecen prohibidos en todos los lugares y en todas las circunstancias, y las mujeres cualquiera sea su nacionalidad, raza, creencias religiosas, edad, estado civil o condición social tienen el derecho a ser respetadas.

Otras disposiciones presentes en los Protocolos Adicionales son:

Artículo 75.2.b del Protocolo Adicional I de 1977: *“Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares: b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor”*.

Artículo 76.1 del Protocolo Adicional I de 1977: *“Las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor”¹²*.

¹² El art. 27 del IV Convenio de Ginebra no evitó la violación de un número significativo de mujeres en Bangladesh en 1971, por ejemplo. Esta fue una de las razones por las cuales los autores del Protocolo Adicional I consideraron necesario repetir en el art. 76, párrafo 1, los contenidos del art. 27. El art. 76 del PAI representa un avance en el DIH si se lo compara con el art. 27, párrafo 2, del IV Convenio de Ginebra, desde que amplía el círculo de beneficiarios y también constituye una

Artículo 4.2.e del Protocolo Adicional II de 1977: *“Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere en el párrafo 1¹³: e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor”*.

De este modo en el DIH se advierte cierta protección contra la violencia contra mujeres en situación de conflicto en sus diferentes formas. En cambio, en normativa específica como la Declaración de 1974 sobre la Protección de Mujeres y Niños en Emergencias y Conflictos Armados, se omite toda referencia explícita a la violencia sexual.

6.3. Infracciones graves.

En el Derecho de Ginebra se tipifican “infracciones graves”¹⁴, ante las cuales los Estados tienen deberes de persecución y castigo, o extradición. Tales infracciones son: el homicidio intencional; la tortura o tratos inhumanos; los experimentos biológicos; causar deliberadamente grandes sufrimientos; atentar gravemente contra la integridad física o la salud; entre otras.

Las disposiciones que se refieren a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra han alcanzado el status de normas de Derecho Internacional consuetudinario y algunas incluso el carácter de normas de *ius cogens*, esto es, el carácter de normas fundamentales, no derogables ni excepcionables por los Estados.

Las disposiciones de los Convenios de Ginebra sobre infracciones graves buscan proteger *“aquellas personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto armado o de ocupación, en poder de una Parte en un conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”* (artículo 4 del IV Convenio de Ginebra).

Pero la “violencia sexual” no está expresamente enumerada como una infracción grave. Se la puede considerar comprendida dentro de otras categorías, tales como las infracciones de *“causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud”* y *“tortura o tratos inhumanos”*¹⁵.

sustancial extensión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no contiene disposiciones específicas de protección a las mujeres.

¹³ Se refiere a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad. Art. 4.1., Protocolo Adicional II de 1977.

¹⁴ Art. 50 del I Convenio de Ginebra, art. 51 del II Convenio de Ginebra, art. 130 del III Convenio de Ginebra, art. 147 del IV Convenio de Ginebra.

¹⁵ Art. 147 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra.

7. LINEAMIENTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS Y DE LOS DESPLAZADOS.

Las líneas directrices referidas a la protección de mujeres y niños refugiados, lo atinente a su salud reproductiva, y a la violencia sexual, formuladas predominantemente por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (“ACNUR”)¹⁶ en los últimos 20 años, han conducido a la expansión de la protección de mujeres y niñas en este contexto (MOREYRA,2007; p. 43).

Por su parte, están los desplazados internos (entre ellos, gran cantidad de mujeres), quienes tienen las mismas necesidades que los refugiados en materia de protección, pero no estaban amparados por la Convención de 1951, ni por el Estatuto del ACNUR, pues permanecen dentro de su país.

Si los desplazados están en un Estado que participa en un conflicto armado, se los considerará como “civiles” y, como tales, tendrán derecho a la protección que se les confiere a las personas civiles en general (MOREYRA, 2007; p.45-47).

Hoy ya se los considera internacionalmente protegidos en igualdad de trato que los refugiados. El Representante Especial de las Naciones Unidas ha difundido los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, los cuales recogen los lineamientos de protección internacional aplicados a los desplazados internos. Fueron presentados a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Abril de 1998¹⁷. Los principios no generan una obligación legal, sino que constituyen “recomendaciones”, pero buscan la protección de los desplazados en general y sugieren medidas a tomar por los Estados.

8. DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

8.1. Crímenes contra la humanidad.

En el particular ámbito del DPI, la violencia sexual en varias de sus formas fue tipificada como delito en el Estatuto de Roma de 1998, como “crimen contra la humanidad”.

El art. 7.1.g. del Estatuto considera crimen contra la humanidad los casos de: *“Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable”*.

Siempre tienen que cumplir con los requisitos del elemento de contexto común a todos los crímenes contra la humanidad, es decir, ser “parte de un

¹⁶ El ACNUR desarrolló guías sobre la protección de mujeres refugiadas en el año 1991 y sobre la prevención y respuesta a la violencia contra refugiados en 1995.

¹⁷ E/CN.4/1998/53/Add.2, del 11 de febrero de 1998.

ataque generalizado o sistemático contra una población civil” (Art. 7.1. del Estatuto de Roma).

La tipificación de la **violación** como crimen autónomo, ya no vinculado a las ideas de dignidad y honor de la mujer o de la familia, constituye un gran avance que independiza al delito y lo coloca en la situación jurídica que le corresponde.

Los Elementos de los crímenes definen la violación de una manera amplia y avanzada. Se requiere que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo; que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento (...)” (Art. 7.1) g)1, Elementos de los Crímenes).

Se aclara que no es necesario probar un especial ánimo lascivo; y el sujeto pasivo de la violación puede ser tanto el hombre como la mujer, al utilizarse el término “invasión” en un sentido neutro. Además, una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad, lo que convierte en violación todo acceso carnal con niños cuyo consentimiento no pueda considerarse válido, aunque no se concreta una edad, que deberá ser decidida por el tribunal, o incapaces cuyo consentimiento igualmente no pueda ser considerado válido (GIL GIL, 2010).

La **esclavitud sexual** es una forma de esclavitud. Se exige que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad; y que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual (Art. 7.1) g)2, Elementos de los Crímenes).

La **prostitución forzada** requiere que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. Y a su vez el autor u otra persona debe haber obtenido, o debe esperar obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos (Art. 7.1) g)3, Elementos de los Crímenes).

Por **embarazo forzado** se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho internacional, como por ejemplo el mantenimiento forzado de un embarazo con el fin de utilizar los fetos o los niños en experimentos. La comisión de este delito presupone la comisión previa por el mismo u otro sujeto de un delito de violación que dé lugar a un embarazo (*Art. 7.2.f*), Estatuto de Roma; *Art. 7.1) g*)4, Elementos de los Crímenes).

La **esterilización forzada**, ya perpetrada por los nazis para conseguir la llamada “limpieza étnica” y juzgada por los tribunales americanos de ocupación (GIL GIL, 2010)¹⁸, desde su inclusión en el Estatuto de Roma exige que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica, pero ello no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica (Nota 19, Elementos de los Crímenes). Además, la conducta no debe haber tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento, y se entiende que “libre consentimiento” no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño (Nota 20, Elementos de los Crímenes).

Finalmente, el Estatuto prevé una cláusula genérica final por la cual tipifica como crimen contra la humanidad **cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable**, sin preverse mayores precisiones en la figura. Sólo se aclara que se trata del caso de aquel autor que haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. La “gravedad” será “comparable” cuando sea similar a la de los demás crímenes del artículo 7 1) g) del Estatuto (*Art. 7.1) g*)6, Elementos de los Crímenes).

El término “violencia” se emplea en un sentido amplio, incluye violencia física, psíquica o moral, equivalente así a la falta de consentimiento. Esto comprende los actos de naturaleza sexual realizados sin uso ni amenaza de la fuerza en los que autor aprovecha la incapacidad de la víctima, bien sea por una minusvalía física o mental o por su edad.

Sin perjuicio de la estimada intención que puede haber existido en los redactores del Estatuto de Roma al incluir esta cláusula genérica, por la cual seguramente se intentó dejar cubierta la protección de otras prácticas sexuales aberrantes de igual magnitud que no estuvieran expresamente receptadas por la

¹⁸ United States v. Brandt, case 1, (“The Medical Case”), en *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No 10*, US Government Printing Office, Washington, 1951, vol. I y II, p. 171.

enumeración precedente, es evidente que la disposición contraría el estricto principio de legalidad que exige que el delito sea redactado de modo preciso, estricto y cierto, además de que lo sea en forma escrita y previa.

De este modo, es de esperar que los siguientes instrumentos penales internacionales, y en particular podría darse aquí a través de una enmienda futura del texto del Estatuto, se dediquen a acotar estas cláusulas genéricas no deseadas, cumpliendo así con las exigencias derivadas del principio de legalidad estricto que, a mi modo de ver, debe regir en DPI.

Se suma a estas conductas específicas de violencia sexual, una especie del delito de **persecución por motivos de género**.

El crimen de persecución se regula en el apartado h) del art. 7 del Estatuto de Roma que prevé como crimen contra la humanidad la: *“Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”*. Y agrega el Estatuto:

“g) Por ‘persecución’ se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”¹⁹.

8.2. Crímenes de guerra.

Gracias a la labor del DIH, se llegó luego a la tipificación específica de los crímenes de guerra en el ámbito del DPI.

Así, el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional define como crímenes de guerra a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales.

Como “crímenes de guerra” se encuentran las ofensas basadas específicamente en el género, como *“cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (...) esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”* (art. 8.2.b.xxii).

También es incluido como crimen de guerra *“cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes”* (art. 8.2.b.xxi).

¹⁹ Ver también Art. 7.1) h), Elementos de los Crímenes.

Es destacable el debate llevado a cabo en la Sesión de la Comisión Preparatoria, en el cual los delegados rechazaron ubicar a la violación y a la violencia sexual bajo la categoría de *“tratos humillantes y degradantes”*, para ponerla al amparo de infracciones graves.

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, el Estatuto de Roma define como crímenes de guerra a las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Así se incluyen *“los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes”* (art. 8.2.c.ii). En estos conflictos, los siguientes actos quedan comprendidos dentro de la competencia material de la Corte Penal Internacional: *“cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (...) esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”* (art. 8.2.e.vi).

La prostitución forzada y el embarazo forzado, del mismo modo que se definen como crímenes contra la humanidad, también son incluidos en el listado de crímenes de guerra junto con la violación y la esclavitud sexual.

La distinción entre un mismo acto constitutivo de crimen de guerra o de crimen contra la humanidad no está ya en el carácter del sujeto pasivo -si es civil o combatiente-, sino en que los crímenes contra la humanidad se pueden dar tanto en tiempos de paz como de conflicto armado, pero siempre tienen que darse en el marco de un *“ataque”* sistemático o generalizado.

Por el contrario, un crimen de guerra puede ser puntual y aislado sin ser parte de un *“ataque”* propiamente dicho (con todos los elementos específicos que este término conlleva), aunque debe ser parte de un *“plan”* o *“política”*, o de una comisión en gran escala de este tipo de crímenes²⁰.

9. NORMAS INTERNACIONALES OBLIGATORIAS EN EL ÁMBITO INTERNO.

Todos los países firmantes de los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos, las declaraciones y convenciones que protegen a la mujer, así como los participantes de las conferencias internacionales y aquellos países abarcados por trabajos del Relator Especial, deben cumplir con la normativa y las directrices internacionales sobre el tema en el ámbito interno, porque a ello se comprometen al firmar tales declaraciones y convenciones.

²⁰ En definitiva, la diferencia en este punto se vuelve sutil, ya que no se exige ataque, pero se exige plan o política o comisión en gran escala, contexto éste que casi equipara las exigencias del *“ataque”* presente en los crímenes contra la humanidad. Véase el art. 7.2.a) del Estatuto de Roma: *“Por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política (...)”*.

Así, deben reformar y adaptar sus legislaciones internas a fin de compatibilizar la normativa local con la normativa internacional. Pero además, deben perseguir a los responsables penales y evitar toda situación de impunidad, como podría darse por medio de amnistías, indultos, prescripción, caducidad, entre otros escenarios jurídicos en principio “legítimos”.

Si el Estado no cumple, si no adapta su legislación o no juzga a los responsables, cualquier otro Estado podrá suplirlo y hacerlo en su lugar, con base en el principio de justicia universal y otros principios de aplicación extraterritorial de la ley interna. Incluso la Corte Penal Internacional podrá intervenir si se dan los requisitos de competencia y admisibilidad previstos por el Estatuto de Roma²¹.

10. LA POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

El caso del Penal *Miguel Castro Castro* marca un antes y un después en la protección de los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El Tribunal regional hace una cuidadosa aplicación de las normas generales y específicas, y se apoya en la evolucionada jurisprudencia internacional, teniendo especial consideración de las mujeres víctimas (CASAS & BERTERAME, 2008; p. 176).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya había asignado a la violación el carácter de tortura en los Casos Raquel Martín de Mejía c. Perú²² y en el Caso Ana Beatriz y Celia González Pérez c. México²³, entre otros.

En el caso del Penal *Miguel Castro Castro*, que trató de un ataque masivo y sistemático perpetrado contra personas privadas de su libertad en una dependencia penitenciaria estatal, la Corte Interamericana sostiene por primera vez que la *violación* de una mujer y la *violencia sexual* contra ella ejercida constituyen tortura y, por tanto, un delito de lesa humanidad. Las consecuencias de esta afirmación son contundentes y se derivan de los caracteres esenciales de dicha clase de crímenes: inderogabilidad e inadmissibilidad; responsabilidad individual; retroactividad y paralela imprescriptibilidad del crimen y, por último, en lo que respecta al ámbito espacial, la jurisdicción universal.

Por tanto, los Estados en general serán responsables por toda situación de violencia hacia la mujer que no eviten o persigan debidamente.

11. CASOS JUDICIALES DE DELITOS SEXUALES SISTEMÁTICOS: EL CASO ARGENTINO.

11.1. Juicio a la Junta Militar argentina

²¹ Ver Arts. 12, 13, 17 y siguientes del Estatuto de Roma.

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 10.970, del 01/03/96.

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 11.565, del 04/04/01.

Durante la dictadura militar argentina ocurrida entre 1976 y 1983, se han cometido actos de violencia contra mujeres, y particularmente de violencia sexual. En el Juicio a la Junta Militar argentina no se condenó por esta clase de delitos.

A partir de 2005, tras la nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida²⁴, y la declaración de inconstitucionalidad de los indultos²⁵, se han reabierto las causas judiciales contra todos los militares que fueran procesados y condenados (indultados) e incluso contra aquéllos que nunca fueron juzgados. En todas ellas se ha omitido imputación expresa de delitos de violencia sexual contra mujeres y sólo se han referido situaciones de vejaciones a modo de contexto.

Las violaciones y el abuso sexual cometidas durante la última dictadura militar comenzaron a ser tratados como delitos de lesa humanidad recién en el año 2010, ya que previamente fueron considerados hechos eventuales y, al no ser parte de un plan sistemático, la Justicia los consideró prescriptos.

11.2. Casos judiciales posteriores

El primer fallo en establecer la violación (como tortura) como delito de lesa humanidad, por tanto imprescriptible, fue dictado en abril de 2010 por el Tribunal Oral Federal de Santa Fe, que condenó a 11 años de prisión a Horacio Américo Barcos, un agente civil de Inteligencia de esa provincia. En la sentencia, los jueces consideraron que la violencia sexual que ejerció el represor también constituye una forma más de tormentos y, por ende, es un crimen contra la humanidad. Se dijo:

“Lo constituyen (los tormentos) los abusos sexuales y la violación sufrida por la víctima durante su cautiverio (...). Consideramos que la violencia sexual soportada por las víctimas de estos aberrantes crímenes, también constituye una forma más de tormentos, y por ende corresponde encuadrar tales hechos en dicha figura penal, constitutiva de crímenes contra la humanidad”²⁶.

²⁴ CSJN. Causa N° 17.768, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, Sentencia del 14 de junio de 2005. Ver análisis de las leyes de punto final y obediencia debida en AMBOS, K. (1999, p. 175-182 y p. 275-278). Ver sobre el tema, (SABELLI y SANTIAGO (h.), 2008, pp. 105-154).

²⁵ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, por fallo del 25/04/07, resolvió declarar la inconstitucionalidad parcial del Decreto Nro. 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto indultó las penas impuestas en la causa 13/84 a Jorge Rafael Videla y a Eduardo Emilio Massera (arts. 29, 75 inciso 22° y 95 inciso 5 de la Constitución Nacional), y remitió las actuaciones al Juzgado Nacional de Ejecución Penal correspondiente con el objeto de que, de acuerdo con la ley 24.660, se continúe con la ejecución de la pena privativa de la libertad que se le impuso a Videla y Massera. La Cámara Nacional de Casación Penal (Sala II) resolvió en igual sentido en C. 5920, “Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, el 15/09/2006. En igual sentido, CSJN, 13/7/2007.

²⁶ Tribunal Oral Federal de Santa Fe. Sentencia N° 08/10, del 19 de abril de 2010, “BARCOS, Horacio Américo S/ Inf. art. 144 bis inc. 1°, 142 inc. 1°, 144 ter. 2do. Párrafo y 55 del C.P.”, Expte. N° 43/08. Considerando 3-a).

El fallo Barcos fue seguido por otro en Mar del Plata (Provincia de Buenos Aires), donde la Justicia condenó a prisión perpetua al ex jefe de la Base Aérea local, Gregorio Rafael Molina, por homicidio agravado, violaciones reiteradas agravadas, privación ilegítima de la libertad y tormentos agravados. En el caso del delito de violación se lo condenó a Molina en calidad de autor.

En lo principal, se dijo:

“Era habitual que las mujeres ilegalmente detenidas en los centros clandestinos de detención fuesen sometidas sexualmente por sus captores o guardianes. Los agresores, al llevar adelante estas aberrantes prácticas sexuales, contaban con la impunidad que traía aparejada el silencio de las víctimas quienes por miedo, prejuicio o vergüenza se negaban a denunciar las vejaciones o sometimientos de índole sexual sufridos, constituyendo durante mucho tiempo un ‘secreto a voces’”.

“(…) La jurisprudencia internacional es unánime en sostener que los delitos de violación y violencia sexual cometidos contra mujeres en época de guerra o conflicto interno en un país constituyen delitos de lesa humanidad. En esta dirección se han expedido los Tribunales Internacionales creados para Juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional menciona específicamente la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y la esterilización forzosa, cuando se cometan en tiempo de guerra o conflicto armado, como crímenes contra la humanidad”.

“La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en el caso “Aydin vs. Turkey” que “la violación de una persona detenida por un agente del Estado debe considerarse como una forma especialmente grave y aberrante de tratamiento cruel, dada la facilidad con la cual el agresor puede explotar la vulnerabilidad y el debilitamiento de la resistencia de su víctima. Además la violación deja profundas huellas psicológicas en la víctima que no pasan con el tiempo como otras formas de violencia física y mental. (Corte Europea de Derechos Humanos, “Caso Aydin vs. Turkey” (57/1996/676/866), sentencia del 25 de septiembre de 1997)”.

“Configura un importante precedente en este tema la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Penal Miguel Castro Castro en la cual, por primera vez, le asigna a la violación de una mujer por parte de un miembro de las fuerzas de seguridad del Estado la categoría de crimen de lesa humanidad:

“La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas”.

“(..) La violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ella, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas”.

“Concluye entonces el Tribunal que una violación por sus efectos constituye tortura y “las muertes y torturas cometidas contra las víctimas de este caso por agentes estatales ... constituyen crímenes de lesa humanidad... (CIDH, “Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafos 311, 313 y 404)”.

“En base a todo lo precedentemente expuesto, interpreta el Tribunal que las violaciones sexuales cometidas por Gregorio Rafael Molina en perjuicio de las sras. Carmen Ledda Barreiro y Marta Haydée García durante su cautiverio en el Centro Clandestino de Detención “La Cueva” constituyen sin ningún lugar a dudas delitos de lesa humanidad”²⁷.

Luego siguió la causa ante la Justicia de Mendoza, por los hechos ocurridos entre 1975 y 1979 en el Centro Clandestino de Detención y Torturas, denominado Departamento de Informaciones de Policía de Mendoza, ubicado en el Palacio Policial, en la cual se imputan cargos de violencia sexual.

Las tres víctimas principales, Rosa del Carmen Gómez, Silvia Ontivero y Luz Faingold, relataron haber sido violadas durante su permanencia en el D2. Las violaciones fueron reiteradas, sistemáticas y ejercidas por varios sujetos.

Se han presentado como querellantes en esta causa el Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos, el gobierno provincial y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

Los abogados presentados por el MEDH, Pablo Gabriel Salinas y Viviana Beigel, explican que los Centros Clandestinos de Detención y Tortura formaron parte de la estructura de la represión, aún con anterioridad al golpe militar del 24 de marzo de 1976. Las torturas físicas y psicológicas se practicaban sistemáticamente sobre todos y cada uno de los detenidos. En este contexto, las violaciones a las mujeres detenidas fueron otra forma de tortura utilizada en los Centros Clandestinos tanto para quienes las padecían como para las demás personas secuestradas en el lugar, que se veían obligadas a tomar conocimiento de estos hechos aberrantes sin poder evitarlos.

Los imputados en esta causa integraban el personal policial que se desempeñaba en el D2 en contacto con los secuestrados. Incluso se investiga la actuación de los médicos que asistían a las secuestradas en el D-2 y que trataban los embarazos y los abortos a causa de las violaciones.

Pero el delito sigue siendo considerado “tortura” como crimen de lesa humanidad”, no violencia sexual -en ninguna de sus formas.

²⁷ Tribunal Oral Federal de Mar del Plata. Causa N° 2086 y su acumulada N° 2277, junio de 2010. Considerando 1.2.

Recién se habla de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad *per se* en la causa ARSENALES²⁸, en la cual se ha decretado el procesamiento de los imputados²⁹ por los delitos de *violación sexual y abuso deshonesto*, habiéndose probado que tales delitos fueron cometidos en forma sistemática en el marco del plan de represión vigente en el país entre 1975 y 1983.

En conclusión, son pocas las causas en las que se han investigado los hechos de violencia sexual contra mujeres como crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco de los hechos ocurridos durante la última dictadura militar en Argentina. En aquellas causas en las cuales se han juzgado, se los ha tratado como tortura, no como violencia sexual o delito sexual como crimen de lesa humanidad *per se*. Quedan dos procesos en trámite a la fecha en los cuales se intenta una acusación por el delito en sí, en forma autónoma.

12. ESPECIAL REFERENCIA AL TEMA DE LA TRATA DE MUJERES³⁰.

La violencia sexual contra mujeres tiene relación directa con un particular delito que excede las conductas que encuadran dentro de las figuras de violencia sexual. Entramos así a la figura de la trata de personas. Se han identificado diferentes finalidades en la trata de mujeres, que constituyen “formas” de este delito (RED REGIONAL DE ORGANIZACIONES CIVILES PARA LAS MIGRACIONES, 2003; ap.I). Todas ellas coinciden en un fin común de explotación:

- Explotación para la prostitución
- Turismo sexual
- Pornografía infantil
- Prostitución de menores
- Trabajo forzoso
- Esclavitud
- Prácticas análogas a la esclavitud
- Matrimonio servil
- Adopción Ilícita
- Trata para órganos
- Trata para mendigar

Las causas de la trata de mujeres son variadas y se diferencian de un país a otro (BARBERO, 2009; p. 280); (PHINNEY, 2011; p. 3). Entre ellas encontramos:

²⁸ Causa ARSENALES MIGUEL DE AZCUÉNAGA CCD S/Secuestros y Desapariciones, Expte. N° 443/84 y conexos.

²⁹ Para ampliar el tema, consultar la Resolución del 27/12/2010.

³⁰ Sobre una aproximación al problema de la trata de personas, sus factores, causas y consecuencias, la situación y la protección de las víctimas, véase, (BARBERO, 2009, pp. 267-324); (HAIRABEDIÁN, 2009); (CILLERUELO, 2008; p. 781); entre otros.

-
- Pobreza y desempleo
 - Globalización de la economía
 - Feminización de la pobreza y de la migración
 - Estrategias de desarrollo, por ejemplo, el turismo
 - Situaciones de conflicto armado
 - Discriminación en razón del género
 - Leyes y políticas sobre la migración y el trabajo de migrantes
 - Leyes y políticas sobre prostitución
 - Corrupción de las autoridades
 - Alta rentabilidad
 - Participación del crimen organizado
 - Prácticas culturales y religiosas

Las consecuencias primarias de la trata de mujeres son los delitos cometidos por los tratantes. Los tratantes cometen crímenes graves en el proceso de la trata de personas y especialmente en el sitio de trabajo o en el lugar donde la víctima es retenida en condiciones de trabajo forzado, servidumbre o prácticas similares a la esclavitud. Dichos crímenes incluyen lesiones, violación, tortura, raptos, venta de seres humanos, retención ilegal, asesinato, privación de derechos laborales y fraude, entre otros (BARBERO, 2009; p. 280); (PHINNEY, 2011; p. 3).

De todo ello, tanto de los delitos colaterales como del delito principal de trata, resultan víctimas mayormente las mujeres.

En su Resolución 55/25 de 15 de Noviembre de 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la *Convención Contra la Delincuencia Transnacional Organizada*, y dos protocolos, entre ellos, el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*, es el primer instrumento internacional dedicado en concreto al tema de la trata, y en su artículo 3 queda claramente establecida su definición:

“Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptos, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Las notas interpretativas 63 y 64 del Protocolo aclararon:

“Los trabajos preparatorios deben indicar que la referencia al abuso de una posición de vulnerabilidad sea entendido como relativo a cualquier situación en la

cual la persona involucrada no tiene más alternativa real y aceptable que someterse al abuso pertinente”.

“Los trabajos preparatorios deben indicar que el Protocolo se ocupe de la explotación de la prostitución de otros y de otras formas de explotación sexual únicamente en el contexto de la Trata de Personas. Los términos ‘explotación de la prostitución de otros’ u ‘otras formas de explotación sexual’ no están definidos en el Protocolo, lo cual no obra por tanto en perjuicio de cómo los Estados Parte se ocupan de la prostitución en sus respectivas leyes domésticas”.

Así, el Protocolo contiene la primera definición internacional de trata de personas. Se da una aproximación a la trata diferente a la contenida en la Convención de 1949, la cual solamente se centraba en la prostitución y consideraba que todo tipo de prostitución, fuere voluntaria o forzada, constituía trata.

El Protocolo reconoce la existencia de la prostitución voluntaria y la prostitución forzada. Intencionalmente evita definir la frase ‘explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual’ porque los delegados no pudieron ponerse de acuerdo sobre un significado común. Todos los delegados convinieron que la participación involuntaria u obligada en la prostitución constituiría trata, pero la mayoría de los gobiernos rechazó la idea de que la participación voluntaria y no coercitiva de adultos en la prostitución constituye trata.

De esta manera, el Protocolo contra la trata de personas le permite expresamente a los Estados concentrarse únicamente en la prostitución forzada y otros delitos que involucran la fuerza o la coerción y no les exige considerar todo tipo de participación adulta en prostitución como trata (RAYMOND, 2001).

En cuanto a las otras finalidades de la trata, es decir, “los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre”, se trata de conceptos que están ya internacionalmente definidos³¹ –

³¹ La esclavitud está definida en el Art. 1 de la Convención de Ginebra sobre la Esclavitud de 1926: “1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. 2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”. Por su parte, la servidumbre debe ser distinguida de la esclavitud en cuanto a la función o servicio abusivo o coactivo que desarrolla el sujeto pasivo en aquella, para lo cual no se exige que se ejerzan atributos del derecho de propiedad sobre su persona. La Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud define casos particulares de servidumbre: la servidumbre por deudas (“el estado o condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios”); y, la servidumbre de la gleba (“la condición de la persona obligada por la ley, por la costumbre o por

incluso la extracción de órganos tiene su régimen jurídico propio –y tales definiciones pueden ser incorporadas de modo directo dentro de la legislación interna de cada Estado parte. Ahora bien, toda vez que la “*explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual*” no está definida internacionalmente, los gobiernos tendrán que desarrollar definiciones claras para sus códigos penales.

También el Protocolo estipula la irrelevancia del consentimiento de la víctima. Dice en su artículo 3:

“El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

Al respecto, la nota interpretativa 68 aclaró:

“Los trabajos preparatorios deben indicar que el subparágrafo (b) no debe a su vez ser interpretado como si impusiera alguna restricción sobre el derecho de las personas acusadas a una defensa completa y a la presunción de inocencia. También deben indicar que el subparágrafo no debe ser interpretado como la imposición de la carga de presentación de pruebas sobre la víctima. Como en cualquier caso criminal, la carga de presentación de pruebas se encuentra en el Estado o procesador público, en concordancia con la ley doméstica (...)”.

Así, quedó claramente definida la trata, siendo la única diferencia entre la trata de mayores y la de niños aquella dada por la innecesidad de utilización de alguno de los medios típicos en la segunda.

un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición”). Sobre las prácticas análogas, la Convención ha previsto algunas situaciones que pueden configurar condiciones análogas a la esclavitud, o análogas a la servidumbre, es decir, alguna situación en que no sea principal elemento la propiedad ni la prestación de servicios, y en la cual una persona no es capaz de autodeterminarse respecto de su condición de vida toda vez que se haya sometida a la potestad de hecho de otro. Se dan los siguientes casos: “a) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida de dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; b) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; c) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; d) Un niño o un joven menor de 18 años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”. Finalmente, a fin de definir los trabajos forzados, se recurre al Convenio sobre Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del Trabajo, y se lo define como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente, excluyéndose las tareas prestadas en el marco del servicio militar, de obligaciones cívicas como parte de una condena judicial, así como las que se prestasen como consecuencia de una catástrofe, estrago o amenaza a la vida y existencia de la sociedad (art. 2.2).

Además, el Protocolo estipula ciertos principios fundantes (RAYMOND, 2001):

- Las personas traficadas, especialmente las mujeres que están en la prostitución y los niños "trabajadores", ya no serán vistas como delincuentes sino como víctimas de un delito.
- Al tráfico global se le dará una respuesta global. El Protocolo alienta la cooperación organizada entre la policía, las autoridades de inmigración, los servicios sociales y las ONG.
- Se definen mecanismos de persecución, protección y prevención sobre los cuales deben basarse las legislaciones nacionales contra la trata y que puede servir para armonizar las leyes en los diferentes países.
- Todas las víctimas de trata están protegidas por este Protocolo, no sólo aquellas que puedan probar que han sido forzadas (Art 3a y b).
- El consentimiento de la víctima de trata es irrelevante (Art 3b).
- No es necesario que las víctimas crucen las fronteras por lo que las mujeres y los niños/as traficados/as dentro de sus países para la prostitución o para trabajos forzados, también quedan bajo la protección prevista en el artículo 3 de la Convención.
- El elemento clave en todo el proceso de trata es la explotación, más que el cruce de frontera (Art 3a).

13. CONCLUSIONES.

Como corolario, afirmamos fervientemente que se deben perseguir todos los actos de violencia contra las mujeres y las niñas y, a este respecto, de conformidad con la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se exige que se eliminen todas las formas de violencia sexista en la familia, en la comunidad y dondequiera que sea perpetrada o tolerada por el Estado, y se pone de manifiesto el deber que tienen los gobiernos de no emplear la violencia contra la mujer, actuar con la necesaria diligencia para prevenir, investigar y, de conformidad con la legislación nacional, castigar los actos de violencia contra la mujer y de adoptar medidas apropiadas y eficaces respecto de los actos de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado, por particulares o por grupos armados o facciones en lucha, y proporcionar a las víctimas el acceso a unos medios de reparación justos y eficaces y a una asistencia especializada, incluida la asistencia médica. Esta protección debe incluir particularmente los casos de trata.

La violencia contra la mujer en todas sus formas constituye una violación de los derechos y libertades fundamentales de la mujer, y menoscaba o anula su disfrute de estos derechos y libertades.

Así se debe condenar la violencia contra la mujer cometida tanto en situaciones de conflicto armado como en tiempos de paz. Y se debe condenar en todas sus formas, como la violación; la esclavitud sexual; la prostitución, el embarazo y la esterilización forzados; y toda otra forma de violencia sexual, incluso la trata y la persecución por motivos de género. Para ello, se debe dar una respuesta efectiva a estas violaciones de los derechos humanos internacionales y del derecho humanitario internacional, así como desde el Derecho Penal Internacional.

Las tareas de prevención, de trato, de organización de los cuerpos de ayuda y de aquéllos que están en contacto con personas vulnerables, así como la reforma legislativa por parte de los Estados a nivel interno, la persecución y el castigo de los responsables, contribuirá en los hechos a una toma de conciencia, y a un intento de efectiva disminución de la violencia de género de modo considerable.

14. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AMBOS, K. (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

BARBERO, N. (2009). *Trata Internacional de Personas*, en ALMEIDA DE TOLEDO, O. A. et al. (Coord.), *Repressao Penal e Crime Organizado*. San Pablo: Quarter Latin, p. 267-324.

CASAS, L. J., y, BERTERAME, M. C. (2008). *La perspectiva de género en la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos: el Caso del Penal Miguel Castro Castro, Sup. Const. 2008 (octubre), 43-LA LEY 2008-F, 176.*

CILLERUELO, A. (2008). Trata de Personas para su Explotación. *La Ley 2008-D, 781.*

CONFERENCIA INTERAGENCIAL sobre las Lecciones Aprendidas. (2001).

Prevención y Respuesta a la Violencia Sexual y de Género en Situaciones de Refugiados. 27-29 Marzo de 2001.

GIL GIL, A. (2010). *La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional.*

ARROYO ZAPATERO, L. et al. (Dir.). *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

HAIRABEDIÁN, M. (2009). *Tráfico de Personas*. Buenos Aires: Ad Hoc.

MOREYRA, M. J. (2007). *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

ODIO BENITEZ, E. (2004). *Los Derechos Humanos de las Mujeres, la Justicia Penal Internacional y una Perspectiva de Género*. Ponencia presentada en la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, CEPAL, México, 9-12 de junio de 2004.

Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. (2009). *Podemos vivir sin violencia*. Campaña argentina por la equidad de género y contra la violencia.

PURDIN, S. J. (1995). *Violencia sexual contra los refugiados: directrices relativas a su prevención y respuesta*. Ginebra: ACNUR.

PHINNEY, A. (2011). *Tráfico de mujeres y niñas/os para la explotación sexual en las Américas*. Programa Mujer, Salud y Desarrollo. Organización Panamericana de la Salud.

RAYMOND, J. G. (2001). *Guía para el nuevo Protocolo de Naciones Unidas sobre el tráfico de personas*. USA: Coalición contra el Tráfico de Mujeres.

RED REGIONAL DE ORGANIZACIONES CIVILES PARA LAS MIGRACIONES. (2003). *La trata y el tráfico de personas en los países de la Conferencia Regional sobre la Migración, Consideraciones Relacionadas con iniciativas para combatir la trata y el tráfico*. Web: www.crmsv.org.

SABELLI, H. E., y SANTIAGO, A. (h.). (2008) *Tiempo, Constitución y Ley Penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Página web: www.unifem.org

Página web: www.pnud.org

LA ACCIÓN HUMANITARIA COMO COOPERACIÓN AL DESARROLLO, EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Mg. Eyder Bolívar Mojica

Fecha de entrega : 22 de marzo de 2012

Fecha de aprobación: 15 de junio de 2012

RESUMEN**

La obligación que tienen los Estados de asistir a las poblaciones en situación de sufrimiento, ha tenido una revalorización de las cuestiones humanitarias, esta preocupación por el ser humano y su dignidad, así como la protección y promoción de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado, se han venido desarrollado especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Es de señalar que esta obligación es percibida desde la antigüedad, pues la idea de asistencia humanitaria, de sociedad humanitaria y de intervención humanitaria, es la evolución paulatina de toma de conciencia ante los horrores de la guerra y los sufrimientos que a lo largo de la historia se han presentado.

PALABRAS CLAVES

Estados, Cooperación, Asistencia Humanitaria, Conflicto, Derecho Internacional Humanitario, Normatividad, CICR

ABSTRACT

The obligation of States to assist populations in situations of suffering has had an appreciation of humanitarian issues, this concern for human beings and their dignity, and the protection and promotion of human rights in situations of armed conflict, have been developed especially since the second half of the twentieth century.

· Docente Investigador en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones Socio-Jurídicas de la USTA Tunja. Corrector de estilo y par académico Revista Principia Iuris USTA. Mg. en Derechos Humanos UNLP, Mg. en Relaciones Internacionales UNLP, Esp. en Derecho Penal UBA. Artículo de investigación científica y tecnológica. Al bolivarabogados@yahoo.com.ar.

·El presente artículo hace parte del proyecto de investigación "análisis jurídico del terrorismo internacional y la lucha contra el terrorismo", que se adelanta en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas, vinculado a la línea de investigación "en derechos humanos, derecho penal y procesal penal"; Método: Análisis Jurídico, analítico y conceptual, tomando como fuentes directas la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad internacional.

It should be noted that this obligation is perceived since antiquity, as the idea of humanitarian assistance, humanitarian society and humanitarian intervention, is the gradual evolution of awareness to the horrors of war and suffering along the history were presented.

KEYWORDS

States, Cooperation, Humanitarian Aid, Conflict, International Humanitarian Law, Regulations, CICR

RÉSUMÉ

L'obligation des États à aider les populations en situation de souffrance, a eu une appréciation des questions humanitaires, cette préoccupation pour les êtres humains et leur dignité, et la protection et la promotion des droits de l'homme dans les situations de conflit armé, ont été spécialement développés depuis la seconde moitié du XXe siècle.

Il est à noter que cette obligation est perçue depuis l'Antiquité, comme l'idée de l'aide humanitaire, la société humanitaire et l'intervention humanitaire, est l'évolution progressive de sensibilisation aux horreurs de la guerre et de la souffrance le long de la l'histoire ont été présentés.

MOTS-CLÉS

États, la coopération, l'aide humanitaire, les conflits, le droit international humanitaire, Règlement, CICR

SUMARIO

1. METODOLOGÍA 2. JUSTIFICACIÓN 3. INTRODUCCIÓN 4. ASISTENCIA HUMANITARIA EN EL D. I. H. 5. ASISTENCIA HUMANITARIA EN LOS CONVENIOS DE GINEBRA 6. LIBRE ACCESO A LA AYUDA Y A LA ASISTENCIA HUMANITARIA; LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER 7. CONCLUSIONES 8. BIBLIOGRAFÍA

1. METODOLOGÍA

En la presente investigación, se utilizó la metodología y las técnicas de investigación que presentan estrecha relación con el núcleo temático, así se observa que la estrategia de investigación empleada es la analítica, descriptiva y conceptual, junto con la metodología cualitativa son fundamentalmente las piezas claves dentro de esta estructura.

La técnica de análisis de documentos, se aplicó a la información recaudada de organismos internacionales, asimismo, se empleó la doctrina, la normatividad

existente, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario.

2. JUSTIFICACIÓN

En esta investigación se hace un aporte al estudio y conocimiento de la forma como en el Derecho internacional Humanitario, se trata el tema de la asistencia así como la cooperación, es por esto que, esta temática se analizó jurídicamente desde diferentes ópticas a saber: Desde el Derecho Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, la investigación esta dirigida no solamente al ámbito académico, institucional y estatal, sino también ha todas las personas que les interese profundizar en el conocimiento del tema abordado.

3. INTRODUCCIÓN

Encontramos que todas las civilizaciones han establecido normas para limitar la violencia, incluso en situación de guerra, pues poner límites a la violencia es la esencia misma de la civilización. En este sentido, se puede decir que todas las civilizaciones se han dotado de índole humanitaria. MÜNKLER, (2003, p. 11).

Observamos que, la gran influencia religiosa en algunos pueblos de la antigüedad, trae consigo cierta normatividad en la guerra con un fuerte carácter obligatorio. Es considerable tener en cuenta que estas normas se las respetaba porque se tenía la convicción de que su cumplimiento obedecía a un precepto divino o inspirado por la divinidad. Sin embargo, el origen religioso de estas normas también limitaba su ámbito de aplicación: se acataban en un espacio geográfico determinado, entre pueblos que formaban parte de la misma cultura y que honraban al mismo dios o a los mismos dioses. BUGNION, (2001, p. 262).

Ahora bien, la base jurídica y el ámbito de aplicación es lo que diferencia a estas normas del derecho internacional humanitario contemporáneo y las normas de origen divino: el primero basa su obligatoriedad en el derecho positivo, es decir en la voluntad de los Estados, que se expresa, principalmente, mediante la costumbre y mediante tratados y como su obligatoriedad ya no depende del sustrato religioso, puede tender hacia la universalidad. CICR, derecho consuetudinario, *internacional review of the red cross*, (2005, p. 11).

Para avanzar con las ideas, observamos que es una realidad de la guerra, en vista que ni la vigencia del principio de la prohibición del recurso a la fuerza en el derecho internacional de nuestros días, ni los esfuerzos colectivos de erradicar la violencia, han conseguido librar a la humanidad del flagelo de la guerra. PÉREZ, (2002, p. 41).

4. ASISTENCIA HUMANITARIA EN EL D. I. H.

Si bien, la idea de asistencia humanitaria, o de sociedad humanitaria y en algunos casos de intervención humanitaria no son postulados o términos nuevos, en razón que se perciben desde antiguo, es de mencionar que la obligación de los Estados de asistir a las poblaciones en situación de sufrimiento extremo se ha desarrollado especialmente en las últimas décadas. BUGNION, (2003, p. 60).

Es precisamente en la doctrina revolucionaria del teólogo dominico de origen español y catedrático Francisco de Vitoria a mediados del Siglo XVI, influida por un claro referente religioso derivado del cristianismo, donde podemos encontrar el origen del derecho a la asistencia humanitaria. ABRISKETA, (2004, p. 39).

En Lyon, en 1557, se publicó la primera edición de las *Relectiones Theologicae*. Estas *Relectiones*, versan sobre cuestiones tales como la caridad, y los deberes del hombre desde que tiene uso de razón, el matrimonio, la potestad eclesiástica, la potestad del Papa y del Concilio, la potestad civil y finalmente dos versan sobre los asuntos de los indios y del derecho de la guerra.¹ Vitoria expone los principios generales relativos a la ilicitud de la guerra y establece una serie de normas que recogen lo que es lícito en la guerra y lo que no lo es.²

Luego, progresivamente hicieron su aparición tratados bilaterales más o menos elaborados –carteles- que los beligerantes ratificaban a veces después de la batalla; había, asimismo, reglamentos que los Estados promulgaban para las respectivas tropas –Código de Lieber-. ABRISKETA, 2004, p. 47; COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, 2003, p. 6; CICR, OEA, 2007, p. 30.

Ahora bien, en los orígenes de la humanidad se pueden encontrar normas que tratan de regular la conducta de la guerra, costumbres humanitarias y prácticas -derivadas de imperativos morales, religiosos, políticos, sociales, militares y hasta económicos- que exigen que se respete a quien no combate y se le dé un trato humano.³ Estas normas nacen de la guerra misma -tratados entre jefes militares o prácticas seguidas por los hombres de armas a lo largo de la historia- y se convierten en reglas consuetudinarias que reglamentan la guerra. Son las “leyes, usos y costumbres de la guerra”. PÉREZ, (2002), p. 41; RODRÍGUEZ, (2002), p. 65.

Esto nos muestra una evolución de las costumbres humanitarias, así vemos como los usos reglamentaron algunas cuestiones de las hostilidades, el comportamiento de las fuerzas armadas en campaña, el respeto a las poblaciones civiles, los poderes del ocupante de territorio enemigo y adoptaron progresivamente los principios de necesidad -solo está justificado hacer uso de la cantidad y clase de fuerza necesaria para derrota del enemigo-, humanidad -la

¹ *De jure belli hispanorum in bárbaros (1539)*.

² El antecedente de Francisco De Vitoria: Idea del *Ius Humanitas Societatis* en ABRISKETA, 2004, p. 39.

³ Con el tiempo esto sería la base de los Convenios de Ginebra.

detención del objeto de la guerra es compatible con el respeto a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y población civil- lealtad y cierto respeto mutuo. RODRÍGUEZ, (2002, p. 65).

Con estos antecedentes, señalamos que la codificación del derecho internacional humanitario a nivel universal comenzó en el siglo XIX. Desde entonces, los Estados han aceptado un conjunto de normas basado en la amarga experiencia de la guerra moderna, que mantiene un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares de los Estados.

Es por esto que en la misma medida en que ha crecido la comunidad internacional, aumenta el número de Estados que contribuyen al desarrollo del derecho internacional humanitario. CHETAIL, (2003, p. 82); PÉREZ, (2002, p. 41); ABRISKETA, (2004 p. 43); RODRÍGUEZ, (2002, p. 65).

El derecho internacional humanitario, como un derecho de excepción, constituye el marco normativo del derecho internacional con tendencia a atenuar el daño ocasionado por un conflicto armado, estableciendo categorías de personas y bienes protegidos, así como límites a los medios y métodos de guerra.

El derecho internacional humanitario, es el conjunto de normas cuya finalidad, en tiempo de conflicto armado es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra. BUGNION, 2001, p. 263; PELLANDINI, 2000, p. 11. Por todo lo anterior el derecho internacional humanitario forma parte importante del derecho internacional público.

Asimismo, el derecho internacional humanitario está formado por normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados de carácter internacional o de carácter no internacional.

Por lo anterior estas normas limitan por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección, en consecuencia protege a las personas y a los bienes afectados o que pueden verse afectados a raíz de un conflicto. CICR, 2005, p. 11; ABRISKETA, 2004, p. 46; BUGNION, 2001, p. 265; RODRÍGUEZ, 2002, p. 64.

El objetivo esencial del derecho internacional humanitario, no es más que regular el respeto de la dignidad humana en los conflictos de carácter internacional o de carácter no internacional. Se basa en el principio de que: “las partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo”. BUGNION, 2001, p. 264.

Ahora bien, su aplicación es temporal o excepcional, en cuanto solo se aplica cuando existe un conflicto armado. VALLADARES, 2006, p. 142. Por lo

anterior no examina ni toma nota de las causas o motivos que llevaron al conflicto, asimismo no legitima a la parte que causó el conflicto; el derecho internacional humanitario, solo busca minimizar los efectos y regular el enfrentamiento bélico. Por último, sus principios, preceptos y normatividad, tienen un fuerte contenido de derecho consuetudinario.

En consecuencia clarificamos ciertos conceptos, así encontramos que, el derecho internacional humanitario o derecho de los conflictos armados, o derecho de la guerra comprende el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya. CICR, OEA, 2007, p. 27, por tal razón esta normatividad, se trata de un compilado de normas, agrupadas bajo dos nombres distintos presentando una evolución progresiva desde sus inicios. BUGNION, 2001, p. 265

A la hora de abordar el estudio observamos entonces, que el derecho de Ginebra tiene por objetivo proteger a los militares puestos fuera de combate y a las personas que no participan directamente en las hostilidades, en particular la población civil, que serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad.

Respecto al derecho de La Haya, encontramos que determina los derechos y las obligaciones de los beligerantes en la conducción de las operaciones militares y se limita la elección de los métodos y medios para perjudicar al enemigo. RODRIGUEZ, 2002, p. 64; ABRISKETA, 2004, p. 46; CICR, OEA, 2007, p. 25; BUGNION, 2001, p. 265.

Asimismo, señala el derecho de la Haya, que los instrumentos utilizados por los actores en la guerra, no sean ilimitados sino que por el contrario tengan componentes de carácter humanitario, por lo anterior se prohíbe emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.

Es importante tener en cuenta los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, los cuales no tienen la autoridad de un instrumento jurídico y no pretenden, reemplazar los tratados vigentes. Solo son las condiciones mínimas de regulación de la guerra, son los parámetros inspirados por los propios pueblos de la humanidad de los cuales han nacido las normas reguladoras frente a las hostilidades.

Un principio común en el derecho internacional humanitario como al derecho internacional de los derechos humanos es el principio de inviolabilidad, donde el individuo tiene derecho al respeto de su vida, de su integridad física y moral y de los atributos inseparables de la personalidad. Por lo tanto será en toda circunstancia protegido y tratado con humanidad, y no tendrá distinción alguna de índole desfavorable.

5. ASISTENCIA HUMANITARIA EN LOS CONVENIOS DE GINEBRA

En particular, protegen a las personas que no participan en las hostilidades -civiles, personal sanitario y religioso, miembros de organizaciones humanitarias- y a los que ya no pueden luchar o han depuesto las armas -heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra-. ABRISKETA, 2004, p. 50; BUGNION, 2001, p. 266; CICR, OEA, 2007, p. 112.

En este orden de ideas, tenemos que la protección a los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña hace parte del primer Convenio de Ginebra; sobre los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, se basa el segundo Convenio de Ginebra; la protección de los prisioneros de guerra, es el fundamento del tercer Convenio de Ginebra; en cuanto a las personas civiles en tiempo de guerra, hace mención el cuarto Convenio de Ginebra.

Además de lo anterior, constituyen un importante progreso evolutivo en el desarrollo del derecho internacional humanitario, los dos Protocolos adicionales de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra, y que regulan los Conflictos Armados Internacionales, y los Conflictos Armados sin carácter Internacional.

Es por esto que los Convenios así como los Protocolos son aplicables en toda circunstancia, tan pronto como hay un conflicto armado, lo señala el artículo 2, de los Convenios I al IV, y el Protocolo I artículo 1, pero con restricciones en caso de conflicto armado no internacional de gran intensidad en el cual sólo se aplican ciertas normas del Protocolo II.

En esta línea existen ciertas disposiciones comunes a los cuatro Convenios, -artículo 3 común *–mini tratado–* de los cuatro Convenios de Ginebra-, en el cual señala que en todos los casos se deben salvaguardar los principios de humanidad sin distinción alguna de índole desfavorable.

En este aparte nos detendremos a revisar someramente principios y algunos artículos que versan sobre esta tesitura.

Observemos que el artículo 27 del cuarto Convenio, al referirse al trato de las personas protegidas señala que: "(...) tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad".

Importante entonces el señalamiento de la normatividad humanitaria, cuando afirma que nadie podrá ser obligado a renunciar ni renunciará voluntariamente a los derechos que se le otorgan según lo estipulado en los Convenios I, II y III en su artículo 7; y en el Convenio IV artículo 8; como el Protocolo I, artículo 1.

Igualmente las personas protegidas deberán siempre poder beneficiarse de la actividad de una potencia protectora el cual puede ser un Estado neutral

encargado de salvaguardar sus intereses, o el CICR, como también cualquier otra organización humanitaria imparcial. Todo lo anterior, en concordancia con los Convenios I al III, artículos 8, 9,10 respectivamente; así como el Convenio IV, en sus artículos 9, 10, 11; y el Protocolo I, artículo 5.

En este orden de protección, en los Protocolos adicionales I y II se mencionan dos condiciones vinculadas estrechamente relacionadas con el principio de neutralidad: la imparcialidad y la no discriminación. Ahora bien, tomando en cuenta estos principios, el artículo 70, párrafo 1, del Protocolo adicional I, se refiere a “acciones de socorro que tengan carácter humanitario e imparcial y sean realizadas sin ninguna distinción de carácter desfavorable”; y el artículo 18, párrafo 2, del Protocolo II, se refiere a “acciones de socorro en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial y realizadas sin distinción alguna de carácter desfavorable”.

Con estos antecedentes normativos, observamos que la consagración del derecho a la asistencia humanitaria en el derecho internacional humanitario, tiene su origen en dos principios que inspiran todo este ordenamiento: el principio de distinción entre población civil y objetivos militares y el principio de respeto, protección y trato humano a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades.

Dentro del concepto amplio de protección recogido en este principio se encuentra evidentemente la asistencia a las personas que la necesitan y como tal está recogido en los cuatro convenios y en sus dos protocolos. STOFFELS, 2004, p. 4.

6. LIBRE ACCESO A LA AYUDA Y A LA ASISTENCIA HUMANITARIA; LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

En palabras de Urbina, los cambios experimentados por la sociedad internacional a partir, sobre todo, de la segunda mitad del siglo XX han contribuido a una revalorización de las cuestiones humanitarias. URBINA, en (RODRÍGUEZ, MANZANO IRENE, TEIJO, GARCÍA CARLOS), 2009, p. 239.

Observamos entonces que una vez finalizada la segunda guerra mundial, la ayuda estadounidense se centró mayoritariamente en proyectos relacionados con la cooperación al desarrollo diseñado para promover la reconstrucción financiera y material de los países europeos, es de señalar que la gran mayoría de esta ayuda de emergencia fue canalizada por el CICR. ABRISKETA, 2004, p. 52.

Ahora bien, el auge de la acción humanitaria se amplía en la década de los noventa y se produjo en diferentes planos: el crecimiento de las organizaciones humanitarias, el esfuerzo institucional en materia de coordinación, su inclusión en las operaciones de paz de la Organización de las Naciones Unidas.

En su trabajo ABRISKETA, (2004, p. 69), sostiene, (...) en concreto, el crecimiento de las organizaciones humanitarias responde a la demanda de la opinión pública, al crecimiento del poder de los medios de comunicación y al fin de la guerra fría. Las interpretaciones sobre el influjo de dichos factores difieren según se realicen bajo los paradigmas llamados por la disciplina de las relaciones internacionales, realista e institucionalista, (...).

Desde esta perspectiva, observamos que la asistencia humanitaria ha adquirido bastante fuerza, y se denota preocupación en la comunidad internacional, esto en relación a la suerte que corren las personas en situaciones de emergencia, así como por la protección de sus derechos aun en graves situaciones. Ahora bien, la proliferación de los conflictos armados de carácter internacional, así como los de carácter no internacional, y de todo tipo de violencia sobre las personas civiles, es la muestra de como la ayuda humanitaria⁴ es la fuente a ser utilizada.

Sin menospreciar otros derechos, y a manera de ejemplo, señalamos que el derecho internacional de los derechos humanos también comenzó a influir en los esfuerzos internacionales por proteger y promover la salud comunitaria e individual. Dada la importancia de la salud en el marco de las actividades de protección y de ayuda humanitarias, las cambiantes perspectivas sanitarias guardaban una relación directa con la labor de asistencia humanitaria.

Es por esto que el reconocimiento del derecho al máximo grado de salud, estipulado en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946, nos señala que el derecho a la salud no se limita a situaciones bélicas o de catástrofe y es, por lo tanto, más amplio que el derecho a recibir ayuda en tiempo de conflicto armado⁵ o de otras catástrofes.

El derecho a la salud constituye un apoyo directo al derecho a la ayuda humanitaria en caso de catástrofe, porque gran parte de esa ayuda se utiliza para afrontar problemas sanitarios específicos como la propagación de enfermedades infecciosas en la población afectada, asimismo se proporcionan elementos fundamentales para la salud, como alimentos, agua, abrigo y saneamiento. FIDLER, 2007, p. 7 Y s y s.

⁴ Según la Corte Internacional de Justicia, la ayuda humanitaria permitida durante los conflictos armados se define como “el suministro de alimentos, ropa, medicamentos y otra asistencia humanitaria, y no incluye el abastecimiento de armas, sistemas de armas, municiones, u otros equipos, vehículos, o materiales que puedan usarse para provocar lesiones graves o la muerte”. Ver. *Military and paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits)*, *Judgement*, ICJ Rep., 1986, p. 157 y 125. Pese a que esta declaración se formuló en el marco de un conflicto armado, en principio no hay objeciones para su aplicación en caso de desastre natural. Ver. Urbina, 2009, p. 240.

⁵ El aumento considerable de conflictos armados en diferentes escenarios, así como los cambios que han experimentado, han contribuido de forma decisiva a la toma de conciencia y al proceder en atender las necesidades humanitarias derivadas de los mismos. Ver. Urbina, 2009, p. 240.

En este orden de ideas, STOFFELS, (2004, p. 7), aclara que el contenido del derecho a prestar asistencia humanitaria, cuyos titulares serían actores humanitarios, sería la facultad de ofrecer socorros a las víctimas que los necesitan y el derecho a que sus socorros no sean indebidamente rechazados en el caso de que las necesidades de las víctimas no se vean satisfechas de otra forma. Este derecho se debe entender como corolario del derecho a la asistencia humanitaria de las víctimas, sin el cual éste carece de una base jurídica sólida.

Este *corpus iuris*, se amplía, cuando se adopta en las Naciones Unidas, la Resolución 43/131⁶ de 8 de diciembre de 1988, titulada Asistencia Humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencias similares, posteriormente llevaría el mismo nombre la Resolución 45/100 de diciembre 14 de 1990⁷, y en esta línea tenemos la Resolución 46/182 de diciembre 19 de 1991⁸, que se titula: Fortalecimiento de la Coordinación de la Asistencia Humanitaria de emergencia en el sistema de naciones Unidas.

Formalmente en estas Resoluciones se reafirma, que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. También el organismo se declara profundamente preocupado por las víctimas de desastres naturales y de situaciones de emergencia similares⁹ (...). De igual modo considera que dejar a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares sin asistencia humanitaria representa una amenaza a la vida humana y un atentado contra la dignidad. Por esto reconoce que incumbe en primer lugar a cada Estado asistir a las víctimas (...).

Más adelante subraya la importante contribución que aportan a la asistencia humanitaria las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales; hace un llamado a todos los Estados para que presten apoyo a dichas organizaciones, asimismo a la comunidad internacional para que responda con rapidez y eficacia a las necesidades de asistencia humanitaria (...).

Desde esta perspectiva es importante la declaración de principios rectores que hace la Resolución 46/182 de diciembre 19 de 1991, en vista que afirma que para estas operaciones de socorro y de asistencia humanitaria, se deberá proporcionarse de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad.

⁶ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/538/03/IMG/NR053803.pdf?OpenElement>
Consultada el 1 de Septiembre de 2011.

⁷ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/572/63/IMG/NR057263.pdf?OpenElement>
Consultada el 1 de Septiembre de 2011.

⁸ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/589/36/IMG/NR058936.pdf?OpenElement>
Consultada el 1 de Septiembre de 2011.

⁹ Ver. *Military and paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits), Judgement*, ICJ Rep., 1986, p. 157 y 125. Pese a que esta declaración se formuló en el marco de un conflicto armado, en principio no hay objeciones para su aplicación en caso de desastre natural.

El aporte fundamental de este enfoque es el planteamiento que señala a las autoridades estatales como las responsables de proteger la vida, la seguridad y promover su bienestar, asimismo de garantizar la protección de los derechos humanos y evitar cualquier situación que pueda atentar gravemente contra las víctimas mediante la adopción de medidas apropiadas y necesarias, en esta línea el ámbito de protección se amplía con la responsabilidad colectiva de la comunidad internacional de ofrecer respuestas ante situaciones de violaciones a los derechos humanos.

7. CONCLUSIONES

Si bien la asistencia humanitaria se ha expandido en las últimas décadas, no se trata de un fenómeno nuevo, como observamos tiene precedentes históricos basados en el sufrimiento humano proyectado universalmente, por esta razón vincular la asistencia humanitaria y el respeto de los derechos humanos significa que esa ayuda debe prestarse siempre que sea necesaria e independientemente del origen o del contexto político de la crisis.

En este orden de ideas, la acción humanitaria sigue siendo esencial para velar por la supervivencia de las víctimas de conflictos armados, entonces para reducir los efectos negativos, hay que realizar un análisis minucioso de cada situación, teniendo en cuenta los contextos socioeconómicos, culturales y políticos, para poder responder a las necesidades de las víctimas, para esto es necesario tener acceso a las víctimas, y realizar la mejor estrategia para lograrlo de modo duradero respetando los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad.

Por lo tanto, la conexión entre la acción humanitaria y el cumplimiento de las normas del derecho internacional humanitario es esencial para que las víctimas tengan acceso a la asistencia médica, la alimentación, el agua, como a sus medios habituales de producción.

8. BIBLIOGRAFÍA

ABRISKETA, Uriarte, Joana. *Derechos Humanos y Acción Humanitaria*. Bilbao: Itxaropena S.A. 2004.

BUGNION, Francois. Debate Humanitario: Derecho, Políticas y Acción. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 160. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. 2001.

CICR. Derecho Consuetudinario. *Internacional Review of the Red Cross*, volumen 87, Numero 857. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. 2005.

CICR. *Normas Fundamentales de los Convenios de ginebra y sus Protocolos Adicionales Conocimiento del Derecho Humanitario*, Ginebra: CICR. 1983

CICR, OEA. *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*. Washington, D.C.: Oficina de Derecho Internacional. Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Secretaría General, OEA. 2007.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Derecho Internacional Humanitario, Respuesta a sus preguntas*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. 2003.

CHETAIL, Vicent. La contribución de la Corte Internacional de Justicia, al derecho internacional humanitario. *Revista Internacional de la Cruz Roja No. 84*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. 2003.

FIDLER, David P. (2007). Gestión de la ayuda en casos de catástrofe: seguridad y asistencia sanitaria y humanitaria. *Internacional Review of the Red Cross No. 886*.

MÜNKLER, Herfried. Las Guerras del Siglo XXI. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 849. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. 2003.

PÉREZ, González, Manuel. Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario. *La obligación jurídico-internacional de adaptar la legislación penal interna de los Estados para la represión de las infracciones del derecho internacional humanitario*. Ginebra: CICR. 2000.

PÉREZ, González, Manuel. Derecho Internacional Humanitario. *Centro de estudios de derecho internacional humanitario*. España: Tirant monografías 225. 2002.

PELLANDINI, Cristina. Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario. Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario. *Reunión de expertos de países iberoamericanos*. Ginebra: CICR. 2000.

PICTET, Jean. Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario. Bogotá. Tercer Mundo. 1988.

RODRÍGUEZ, José Luis. Derecho Internacional Humanitario. *Centro de estudios de derecho internacional humanitario*. España: Tirant Monografías 225. 2002.

STOFFELS, Ruth Abril. La regulación jurídica de la asistencia humanitaria en los conflictos armados: logros y lagunas. *Internacional Review of the Red Cross, No. 855, volumen 86*, Ginebra: CICR. 2004.

URBINA, Julio Jorge. Acción internacional humanitaria y responsabilidad de proteger a las víctimas de los conflictos armados, en Rodríguez, Manzano Irene,

Teijo, García Carlos. *Ayuda al desarrollo: Piezas para un puzle*. Madrid. Los libros de la Catarata. 2009.

VALLADARES, Gabriel Pablo. *Anuario Brasileiro de Directo Internacional*. Brasil. Cedin. 2006.

EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA

John Jairo Morales Alzate

Fecha de entrega: 23 de febrero de 2012

Fecha de aprobación: 15 de mayo de 2012

RESUMEN

La Ley Fundamental (abreviada: LF) fue aprobada el 23 de mayo de 1949, en Alemania y representa la base normativa de la legitimación del poder Supremo del Estado, de la organización y las funciones de los poderes públicos; al mismo tiempo formula un catálogo de Derechos Fundamentales, que están previstos como derechos protectores frente al Estado, los últimos con un instrumento protector especial, el llamado recurso de “amparo” constitucional, lo que representa el objeto de este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Derechos Fundamentales, Titulares del Derecho Fundamental y Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

Germany and represents the legal basis for the legitimation of the state supreme power, organization and functions of public authorities, while a catalog of fundamental rights that are intended as protective rights against the State, the latter

- Abogado, especialista en Derecho Administrativo, Comercial y Constitucional, Legum Magíster (LLM) Universidad de Konstanz (Alemania), estudiante de Doctorado en la Universidad de Buenos Aires (Argentina) e ILAG y exbecario Hanns Seidel Stiftung-München, Alemania. Profesor universitario: Facultad de Derecho en la Universidad Cooperativa de Colombia (Arauca), y la Universidad Católica de Colombia. Santiago de Cali (Maestría en Derecho y Especialización en Derecho Administrativo), Universidad Militar Nueva Granada (Especialización y Maestría en Derecho Administrativo, invitado Universidad de Konstanz – Alemania. Docente Investigador y director línea de Derechos Fundamentales – Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Arauca. Ex Conjuez Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo Seccional de la Judicatura Bogotá y Cundinamarca. Ex delegado Gobierno Nacional para la Reforma del Nuevo Código Contencioso Administrativo.

- Artículo de orden investigativo, producción original e inédita, que nace como resultado del proyecto de investigación con respecto a *“el recurso de amparo constitucional en Alemania”*, el cual está concluido, en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas, vinculado a la *línea de investigación en derecho constitucional y construcción democrática* que dirige el Doctor Diego Mauricio Higuera Jiménez.

Método: tiene como base un estudio documental de contenido legal a los cuales se les realiza un análisis teórico y conceptual, tomando como fuentes directas la normatividad y jurisprudencia alemana.

with a special protective instrument, called the appeal "under" the Constitution, which is the object of this work.

KEY WORDS

Fundamental Rights and Fundamental Law Headlines Constitutional Court.

RÉSUMÉ

L'Allemagne représente la base juridique de la légitimation de l'Etat pour le pouvoir suprême, l'organisation et les fonctions des autorités publiques, tandis que d'un catalogue de droits fondamentaux qui sont destinés en tant que droits de protection contre l'Etat, celui-ci avec un instrument de protection spéciale, appelée l'appel "sous" la Constitution, qui est l'objet de ce travail.

MOTS CLÉS

Les droits fondamentaux, les titulaires des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle. .

SUMARIO

1. Introducción. 2. Concepto de Derecho Fundamental. 2.1. Titulares de los Derechos Fundamentales (Beneficiarios). 3. Protección del Derecho Fundamental a través de los Tribunales. 4. El Tribunal Constitucional Federal. 4.1. La Organización y la Función del Tribunal Constitucional Federal. 4.2. El Tribunal Constitucional Federal como Guardián de los Derechos Fundamentales. 4.3. Competencia del Tribunal. 5. Referencias Bibliográficas

METODOLOGÍA

La metodología usada en el presente estudio es de carácter analítico descriptiva con base los criterios legales de orden positivo que rigen en la materia, axial como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

1. CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

“Derecho Fundamental”, es un término típico alemán que debe ser visto en estrecha relación con la Ley Fundamental y no se usaba antes del siglo XIX. En general se habla de los “Derechos ciudadanos” o “Derechos Humanos”.

El concepto “Derecho Fundamental”, puede ser entendido en el contexto material o formal, la literatura indica:

“La definición formal del concepto del derecho fundamental se refiere al título del primer párrafo de la Ley Fundamental y clasifica también como el artículo 93, párrafo 1, No. 4a LF solamente las definiciones comprendidas en el art. 1-19 LF como derechos fundamentales. Sin embargo, esta definición formal no

lleva más lejos en el asunto, ya que no se podrá hacer ninguna declaración sobre el contenido real de los artículos 1-19 LF, así como sobre la posibilidad de existir otras definiciones de la ley fundamental fuera del primer párrafo.

En sentido material, se entienden como derechos fundamentales todas las normas constitucionales que regulan la relación del individuo con el Estado de manera obligatoria para ambas partes. Concepto que comprende así, definiciones como las establecidas en el primer párrafo de la ley fundamental”.

Por otro lado, el artículo 1º parte III del capítulo de los Derechos Fundamentales, indica que:

“Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”

Así, que los Derechos Fundamentales se encuentran ubicados en el catálogo enunciado en los artículos 1 al 19 LF. En otros párrafos de la Ley Fundamental están además comprendidas disposiciones que están elevadas a la misma categoría de los Derechos Fundamentales, estos son los contemplados en los artículos 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 y son denominados “*derechos iguales a los derechos fundamentales*” – *Grundrechtsähnliche Rechte* - .

En detalle son los Derechos Fundamentales representados en la Ley Fundamental, así:

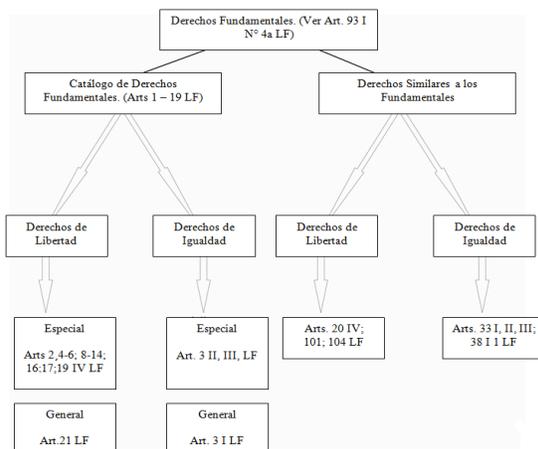
- Art 1 LF: Protección de la Dignidad Humana
- Art 2 LF: Protección de acción, libertad de la persona.
- Art. 3 LF: Igualdad ante la ley
- Art. 4 LF: Libertad de creencia, conciencia y de confesión.
- Art. 5 LF: Libertad de opinión, libertad de prensa, libertad del arte y la ciencia, la investigación
- Art. 6 LF: Protección del matrimonio y la familia.
- Art. 7 LF: Enseñanza
- Art. 8 LF: Libertad de reunión
- Art. 9 LF: Libertad de asociación y coalición.
- Art. 10 LF: Secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones
- Art. 11 LF: Libertad de circulación y de residencia
- Art. 12 LF: Libertad de profesión, prohibición de trabajo forzado.
- Art. 13 LF: Inviolabilidad del domicilio.
- Art. 14 LF: Propiedad y derecho de herencia.
- Art. 16 LF: No extradición.
- Art. 16a LF: Derecho de asilo
- Art. 17 LF: Derecho de petición
- Art. 19 LF: Garantía para recurrir a la vía judicial.
- Art. 38 LF: Principios y bases del Derecho Electoral
- Art. 101 LF: Derecho a un Juez natural o legal

- Art. 103 LF: Derechos básicos ante un Tribunal: Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales retroactivas („*nulla poena sine lege*“ y „*ne bis in idem*“)

Al respecto el profesor *Martin Ibler* – Universidad de Konstanz –:

“A los derechos fundamentales de la constitución alemana, le pertenecen los derechos de libertad e igualdad. Los derechos de libertad protegen la libertad de los hombres ante los ataques del Estado [...] los derechos de igualdad protegen a los hombres ante un tratamiento desigual injustificado por parte de las autoridades estatales”.

Gráfica sobre la Clasificación Dogmática de los Derechos Fundamentales



1.1 Titulares de los Derechos Fundamentales (Beneficiarios)

1.1.1 Personas Naturales

La mayoría de los Derechos Fundamentales, son válidos para cada persona natural relacionadas con el Poder Supremo del Estado alemán.

Se habla de Derechos Humanos o de todo el mundo¹. Cada hombre nacido vivo está protegido. Además de ello aplica el Tribunal Constitucional Federal la dignidad humana al derecho a la vida y al no nacido (*Nasciturus*).

En sentencia de mayo 25 de 1993, el Tribunal Constitucional Federal² profirió un fallo donde se elabora de nuevo el derecho al aborto (ley sobre la ayuda

¹ Z.B. „Jeder hat das Recht ...“ (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 S. 1), „jedermann hat das Recht ...“ (Art. 17 und Art. 103 Abs. 1), „Alle Menschen...“ (Art. 3 Abs. 1).

² BVerfGE 88, 203 ff. Dazu Besprechungen von *Hermes/Walter*, NJW 1993, 2337 ff.; *Geiger/v. Lampe*, Jura 1994, 20 ff.; *Kluth*, FamRZ, 1993, 1382 ff. Siehe auch die Beiträge in *Thomas/ Kluth*, (Fn. 3).

a las mujeres embarazadas y familias del 27 de julio de 1992), en esta sentencia el Tribunal Constitucional menciona que la dignidad humana y el derecho a la vida corresponden también a la vida humana del que esta por nacer. Desde la “Sentencia de *Mephisto*” – cuyo tema principal trata de la protección de la personalidad y la libertad del arte³–, se venía reconociendo el derecho al respeto general del fallecido, tesis que se deduce del concepto de dignidad humana⁴.

En el Derecho Constitucional Alemán, existen Derechos Fundamentales que son válidos exclusivamente para sus nacionales, y es así como expresamente la LF indica dichos casos así: artículos 8 (Libertad de reunión), 9 párrafo 1 (Libertad de asociación); 11 (Libertad de circulación y residencia), 12 párrafo 1 (Libertad de escoger profesión u oficio, lugar de trabajo y formación profesional); 16 párrafo 2 (Derecho a no ser extraditado); 20 párrafo 4 (Derecho de resistencia⁵) y 33 párrafos 1 (Igualdad cívica) y 2 (Acceso a los cargos públicos), es decir solamente los alemanes⁶ son titulares de estos derechos fundamentales.

A los extranjeros se les garantizan las prestaciones de los Derechos Fundamentales solamente en forma limitada y por interpretación del artículo 2, párrafo 1 LF⁷, que indica:

“Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra no atente contra el orden constitucional o la ley moral.”

Para el caso de los extranjeros que son parte de los Estados miembros de la Comunidad Europea, se establece una amplia protección a los Derechos Fundamentales, tales como, la prohibición de discriminación general del artículo 12 EGV (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁸), como también de las prohibiciones de discriminación especiales de las libertades fundamentales de la CE (en adelante Comunidad Europea), y es aquí donde encontramos una posición igualitaria de los ciudadanos de la CE con los alemanes, con apertura a la preferencia de aplicación del Derecho Europeo para los extranjeros de la CE o entenderse el artículo 2, párrafo 1 LF, de tal forma que les concede a los extranjeros de la CE una protección igual⁹ a los derechos de los alemanes.

2.1.2 Personas Jurídicas

De acuerdo al artículo 19, párrafo 3 LF, se señala:

“Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas”.

³ BVerfGE 30, 137, 194. Über dieses Thema siehe auch BVerfGE 75, 369 – Strauß Karikatur –.

⁴ BVerfGE 88, 205 Leitsatz 1 und S. 251 f.

⁵ Sobre el tema puede ser consultado *Kaufmann Arthur*, “Filosofía del Derecho”. Universidad Externado de Colombia. 1999. Bogotá.

⁶ El concepto del alemán está expresamente definido en el art. 116 LF.

⁷ *Pieper*, S. 37 und BVerfGE 6, 32 (Elfes-Entscheidung).

⁸ Traducido: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

⁹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 18 Auflage, 2002, S. 31.

La persona jurídica disfruta de la protección de los Derechos Fundamentales, en caso que puedan “ser” o “llegar” a través de ella a las personas naturales que están en el seno de la persona jurídica, por consiguiente depende de ella un “*substrato personal*” y se encuentra en una “*posición de peligro típica del derecho fundamental*”¹⁰. Esto es válido para todas las personas jurídicas de derecho privado.

El Tribunal Constitucional Federal, ha considerado hasta el momento que los Derechos Fundamentales de las normas fundamentales: 3 (igualdad ante la ley), 14 (propiedad), el derecho a un juez natural (artículo 101 párrafo 1, p. 2 LF) y el derecho a ser escuchado legalmente (artículo 103, párrafo 1 LF), también son aplicables a las personas jurídicas y precisamente a los dos últimos derechos mencionados, porque deben garantizar un procedimiento reglamentario y puede apoyarse por esto en ellos, aquel que es apto para tomar parte en un proceso.

Sin embargo, es cuestionable, si esto se refiere también a las personas del derecho público, es decir, por ejemplo al Estado, los Estados federales, las demás entidades, las instituciones y fundaciones. Con relación a este planteamiento ha manifestado el Tribunal Constitucional Federal¹¹:

“Según esto, existen principalmente objeciones contra la extensión de la capacidad jurídica fundamental a las personas jurídicas del derecho público dentro del cumplimiento de sus funciones, si los Derechos Fundamentales se refieren a la relación del individuo con el poder público, entonces es incompatible, convertir el Estado como sujeto o beneficiario de los Derechos Fundamentales; el no puede ser al mismo tiempo destinatario y beneficiario de los derechos fundamentales.”

Sin embargo, existe según la administración de justicia del Tribunal Constitucional Federal otra situación de excepción, y eso, si la correspondiente persona jurídica del derecho público pertenece directamente al sector protegido por los Derechos Fundamentales. Al respecto es necesario que exista una situación de peligro típica según el derecho fundamental. Esto se reconoce en los siguientes tres casos:

- Las universidades y facultades pueden apoyarse en la libertad del arte y de la ciencia (según art. 5, párrafo 3 LF)¹².
- Comunidades religiosas e iglesias con el estatus de una entidad de derecho público del artículo 4 párrafo 1 (Libertad de creencia, conciencia y de confesión religiosa e ideológica) y 140 (Derecho de las sociedades religiosas).
- Referente a las estaciones de radiodifusión, como por ej. la ARD y el ZDF, observa el Tribunal Constitucional Federal¹³:

¹⁰ Starck/ Schmidt, Staatsrecht, 2003. S. 62.

¹¹ BVerfGE 21, 362 – Sozialversicherungsträger.

¹² BVerfGE 15, 256 – Universitäre Selbstverwaltung.

¹³ BVerfGE 34, 160 – Wahlsendung NPD; 31, 314 Rundfunkentscheidung, 78, 101 – Eigentumsrecht von Rundfunkanstalten.

“Las estaciones de radiodifusión pueden hacer valer mediante el recurso de contrafuero una violación de su derecho fundamental a la libertad de la radiodifusión “.

También como personas jurídicas de derecho público, les corresponde el derecho a la protección jurídica al tenor del artículo 19, párrafo 4:

“Restricción de los Derechos Fundamentales:

(...) 4. Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.”

Disposición formada, como el Derecho Fundamental procesal junto al artículo 101, párrafo 1, frase 2 (Nadie podrá ser sustraído a su juez legal o natural) y el artículo 103, párrafo 1 (Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales), cuya aplicabilidad a las personas jurídicas del derecho público fue acogida en abril 9 de 1975, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.¹⁴

2. PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A TRAVÉS DE LOS TRIBUNALES

Para el manejo de los Derechos Fundamentales a través de los tribunales, el sistema jurídico alemán coloca al individuo al frente de la protección de estos. Así podrá explicarse que se han establecido un gran número de tribunales para proteger la totalidad de los derechos del individuo, es decir, tanto los Derechos Fundamentales como los derechos públicos o privados subjetivos (sencillos). Por este motivo los tribunales alemanes no ven como su función principal el garantizar la intachabilidad del comportamiento sobre todo del poder público. Más bien un control de tal conducta, se efectúa solamente bajo la condición que la ilegalidad de una acción sea realmente una violación de un derecho individual. En este sentido se puede decir que Alemania – contrario a otros países influenciados por el ordenamiento jurídico francés – posee un sistema de protección jurídica en primer lugar subjetivo¹⁵. Y así justifica la ley fundamental la organización judicial en el artículo 92 LF como sigue:

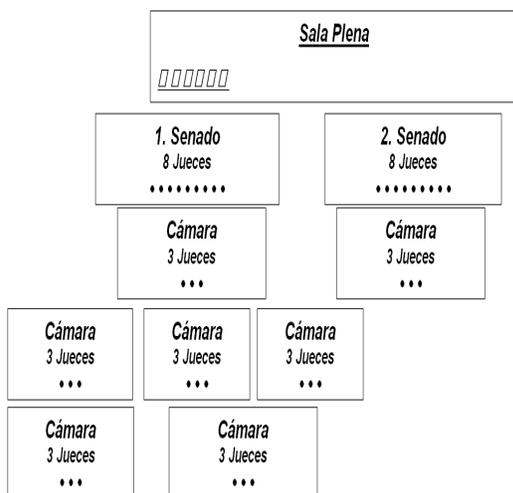
“Organización Judicial. El Poder Judicial es confiado a los jueces, es ejercido por la Corte Constitucional Federal, por los tribunales federales previstos en la presente Ley fundamental y por los tribunales de los Länder.”

¹⁴ BVerfGE 39, 302 – AOK.

¹⁵ *Martin Ibler*. Internationales Seminar über deutsches Recht. Im Rahmen der Kooperation zwischen der Universität Konstanz und der Universität Santo Tomás. Thema: Das deutsche Gerichtssystem. Satz 100 und 101 Bogotá Kolumbien- 2003.

Nuestro trabajo, se limita sólo en el estudio del Tribunal Constitucional Federal, ya que la decisión sobre los recursos de amparo constitucional es una de las funciones principales de este, para tal fin trataremos los conceptos básicos referidos al punto en mención, que igualmente con el Bundestag, Bundesrat, Gobierno Federal y el Presidente Federal son considerados órganos constitucionales que de manera conjunta determinan la política de la RFA.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL



El Tribunal Constitucional Federal¹⁶, inició sus labores en septiembre 7 de 1951, este decide sobre las preguntas de la vida constitucional, desde un punto de vista histórico como comparativo jurídico ha sido amplio en sus competencias¹⁷, siendo un Tribunal con una larga tradición en Alemania¹⁸ y que su influencia ha llegado a otros sistemas como el caso colombiano.

Según el § 1º de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG¹⁹), es el Tribunal una Corte autónoma e independiente de la Federación frente a todas las demás instituciones constitucionales. Sus miembros son elegidos por el parlamento federal (mayoría de 2/3) y un Concejo Federal²⁰, no reelegibles, el Bundestag elige directamente, el Bundestag realiza una elección indirecta y determina un Concejo Federal o también llamado "Comisión de electores", compuesta²¹ por doce (12) miembros designados acorde con el principio de

¹⁶ Der Sitz des Bundesverfassungsgerichts ist Karlsruhe, gem. § 1 Abs. 2 BVerfGG.

¹⁷ Schlaich Klaus/ Koriorh Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 5. Auflage, 2001.

¹⁸ Maurer, Hartmut, Staatsrecht I, Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen. 2. Auflage. 2001.

¹⁹ Entiéndase Ley de la Corte Constitucional Federal, para todos los efectos LCCF.

²⁰ Gem. Art. 94 Abs. 1 S.2 GG.

²¹ Ver artículo 94 LF.

representación política²² proporcional (§ 6 LCCF), dichos Magistrados no pueden pertenecer al Parlamento, Gobierno Federal ni a los de los Länder y tampoco ejercer la actividad profesional salvo la cátedra universitaria.

3.1 La Organización y la Función del Tribunal Constitucional Federal

El Tribunal se compone de dos Senados, representado por dieciséis jueces²³, ocho por cada Senado, sus competencias están determinadas en el artículo 93:

- Primer Senado según § 14, párrafo 1, LCCF: le competen los recursos de amparo constitucional individuales y los procedimientos de control de la constitucionalidad de las leyes, donde se trata de la incompatibilidad de una ley con las leyes fundamentales.
- Segundo Senado, § 14, párrafo 2, LCCF: posee la jurisdicción exclusiva para todos los demás procedimientos. Sin embargo, decide también en el procedimiento del recurso de amparo constitucional y control de la constitucionalidad de las leyes.
- El Senado en pleno según § 16 LCCF: es el llamado a decidir, en caso de alguna diferencia legal entre los Senados.
- Cámaras: los Senados, a su vez forman varias cámaras y cada una de ellas se compone de tres (3) jueces. Antes de iniciar el ejercicio, el Senado decide su duración y la distribución de solicitudes de acuerdo al § 80 LCCF y a su vez de los recursos de amparo constitucional según los §§ 90 y 91 LCCF, al igual que su número y la composición de las cámaras, así como la representación de sus miembros (§ 16 LCCF).

Las funciones detalladas del Tribunal Constitucional Federal, están reguladas tanto en el artículo 93 LF, como también en la Ley sobre el Tribunal Constitucional. Éste último compuesto por las siguientes cuatro partes:

1. Constitución y competencia del Tribunal Constitucional Federal.
2. Procedimiento constitucional judicial.
3. Clases de procedimientos individuales.
4. Disposiciones finales.

El Tribunal Constitucional Federal, está ampliamente autorizado para controlar todos los tres poderes en virtud del mandato constitucional²⁴, y por eso realiza los siguientes controles:

- Control de las decisiones judiciales (por ej. el recurso de amparo constitucional).

²² Según el § 5 al 8 LCCF se realiza de manera tal que los magistrados tienen un origen político, situación que igual que en Colombia ha sido fuertemente criticado por una parte de la doctrina.

²³ § 2 BVerfGG.

²⁴ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, S. 4, 5. Auflage 2001.

-
- Control del poder ejecutivo (por ej. el recurso de amparo constitucional).
 - Control de las actas legislativas (control de constitucionalidad de las leyes).
 - Decisión de litigios constitucionales judiciales entre los órganos constitucionales inclusive litigios federales (litigio entre órganos).
 - Otras funciones (demanda del Presidente Federal, procedimientos de prohibición de partidos políticos y procedimientos de escrutinio).

3.2 El Tribunal Constitucional Federal como guardián de los Derechos Fundamentales

Las experiencias de los años treinta (tiempo final de la República de Weimar) hasta 1945, tuvieron como resultado el génesis de la Ley Fundamental²⁵ del año 1949, y a su vez la institución de un Tribunal Constitucional Federal con amplias competencias y la función clara de limitar y controlar el poder estatal.

El Tribunal Constitucional Federal, es la única Corte que tiene la posibilidad de declarar la inconstitucional de un partido político (artículo. 20 párrafo 2 LF), cuanto éste pone en peligro el orden fundamental democrático o aspira a su eliminación. En tal caso, el Tribunal puede disolver la correspondiente asociación. En esto se refleja la enorme importancia de esta corte con respecto a la protección y la salvaguardia del sistema constitucional existente.

Referente al tema escribe el profesor Kloepfer:

“Como el recurso de queja constitucional está consagrado en la Ley Fundamental, se trata en su caso de un derecho público subjetivo de orden constitucional. Por esto algunos lo cuentan como de los derechos iguales a los derechos fundamentales. La función del recurso de amparo constitucional, es de permitir al reclamante de hacer efectivo sus derechos fundamentales que son iguales a los derechos fundamentales en la vida real.

El Tribunal Constitucional, protege los derechos fundamentales no sólo con el amparo constitucional, sino también con las demás formas de procedimientos, en cuanto se presenten preguntas relevantes sobre los derechos fundamentales. Esto es válido cuando el Tribunal periódicamente realiza amplias revisiones de constitucionalidad en los procedimientos individuales²⁶”.

3.3 Competencia del Tribunal

Procedimiento de recurso de amparo constitucional

Consagrado en el artículo 93 I, No. 4a LF y el párrafo § 13 No. 8a LCCF:

²⁵ Der Begriff der Verfassung wurde bewußt vermieden und durch „Grundgesetz“ ersetzt, um im Lichte der Teilung Deutschlands den vorläufigen Charakter des Grundgesetzes zu betonen.

²⁶ Kloepfer, Michael, Ist die Verfassungsbeschwerde unentbehrlich?, DVBR. 2004, 676-680.

“Artículo 93. Competencia de la Corte Constitucional Federal. (1)La Corte Constitucional Federal decide: (...) 4 a. Sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104 ... “

Por su parte el párrafo 13 N. 8 a. de la Ley de la Corte Constitucional Federal indica:

“La Corte Constitucional Federal decide en los casos determinados en la Ley Fundamental, a saber: (...) 8 a. Sobre los recursos de amparo (Artículo 93 párrafo 1 N. 4a y 4b de la Ley Fundamental“.

Vistas las normas básicas del recurso de amparo constitucional, es claro su concepción de ser un instrumento idóneo para proteger los Derechos Fundamentales del individuo, sin embargo, no forma parte de la vía judicial ordinaria y por esto tampoco es un recurso en el sentido del derecho procesal. Más bien representa un último y subsidiario recurso jurídico extraordinario de defensa ante el Estado.

Procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes

a) Control abstracto de la constitucionalidad de las leyes de acuerdo al artículo. 93 I, Nos. 2, 2a LF y § 13 No. 6, LCCF:

El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, es iniciado a través de una solicitud del Gobierno Federal, los gobiernos regionales o de un tercio de los miembros del Parlamento Federal. Sirve para eliminar divergencias de opiniones o dudas sobre la validez de una ley.

b) Control concreto de la constitucionalidad de las leyes de acuerdo al artículo 100 I, frase 2 LF y § 13 No. 12 LCCF.

El control concreto de la constitucionalidad de las leyes supone en cambio un proceso judicial pendiente y se inicia presentándolo por el tribunal que se encarga de esto. Si un juez considera una ley ineficaz, ya que no es conforme a la Constitución, entonces está obligado a presentarla, ya que él depende de la ley y el derecho, artículo 1 III LF.

Controversias federativas

De acuerdo al artículo. 93 No. 3, LF y § 13 No.7, LCCF, el objeto de este procedimiento, es en virtud de las controversias que se pueden suscitar sobre los derechos y obligaciones de la Federación y los Estados federados, en especial en lo referido a la ejecución del Derecho Federal por los Länder y al ejercicio del control federal.

Procedimientos de controversias entre órganos federales

De acuerdo al artículo. 93 No. 1, LF y § 13, No. 6, LCCF, el objeto de este procedimiento refiere sobre el alcance de los derechos y obligaciones de los órganos constitucionales individuales o de otras partes investidas de derechos propios constitucionales, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENDA/KLEIN, Verfassungsprozessrecht, 2. Auflage, 2001, S. 151.

BÖHM, Johann (Hrsg.): El Parlamento Regional Bávaro, Italienische Ausgabe, 1. Auflage 2000 (Der bayerische Landtag).

BUCHER, Der Parlamentarische Rat, 1948-1949, Akten und Protokolle.

CORREA HENAO; Néstor Raúl. "Derecho Procesal de la Acción de Tutela", Colección Profesores 30 – 1a Edición. Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

Degenhart, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 18. neu bearbeitete Auflage, 2002.

Ibler, Seminario Internacional de Derecho Alemán. Universidad Santo Tomás und Universität Konstanz. 2002.

KAUFMANN Arthur, "Filosofía del Derecho". Universidad Externado de Colombia. 1999. Bogotá.

KLOEPFER, Michael, Ist die Verfassungsbeschwerde unentbehrlich?, DVBR. 2004, 676-680.

LECHNER, Hans und *Zuck Rüdiger*. Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar. 4. Auflage 1996.

LORENZ, Dieter, Internationales Seminar über deutsches Recht. Im Rahmen der Kooperation zwischen der Universität Konstanz und der Universität Santo Tomás. Thema: La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa en la República Federal de Alemania. Satz 126 Bogotá Kolumbien - 2003.

Manssen. Staatsrecht II, Grundrechte, 3. Auflage. 2003.

MAURER, Hartmut, Staatsrecht I, Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen. 2. Auflage. 2001.

MAURER, Staatsrecht I – Grundlagen. Verfassungsorgane – Staatsfunktionen. 2. Auflage, 2001.

MORALES, Alzate John Jairo. Derecho Economico Constitucional. Doctrina y Ley. 6ª edición 2010. Bogotá.

SCHLAICH, Klaus: Das Bundesverfassungsgericht, 3. Auflage,

SCHLAICH/KORIOETH, Das Bundesverfassungsgericht, S. 4, 5. Auflage 2001.

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

BVerfGE 34, 160 – Wahlsendung NPD; 31, 314 Rundfunkentscheidung, 78, 101 –

BVerfGE 39, 302 – AOK.

BVerfGE 1, 4, Urteilsverfassungsbeschwerde.

BVerfGE 33, 247– Klagestopp Kriegsfolgen.

BVerfGE 21, 362; 53, 366; 20, 162; 21, 271; 50, 234.

BVerfGE, Sparkassenfall.

BVerfGE 15, 256 – Universitäre Selbstverwaltung.

BVerfGE 32, 311 – Steinmetz.

BVerfGE 1, 97 – Hinterbliebenenrente.

BVerfGE 78, 350 - § 10b EstG.

BVerfGE 88, 203 ff. Dazu Besprechungen von *Hermes/Walter*, NJW 1993, 2337 ff.; *Geiger/v. Lampe*, Jura 1994, 20 ff.; *Kluth*, FamRZ, 1993, 1382 ff. Siehe auch die Beiträge in *Thomas/ Kluth*, (Fn. 3).

BVerfGE 30, 137, 194. Über dieses Thema siehe auch BVerfGE 75, 369 – Strauß Karikatur –.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS JUDICIALES CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1979

José Luis Suarez Parra

Fecha de entrega: 20 de marzo de 2012

Fecha de aprobación: 7 de junio de 2012

RESUMEN

El presente es un artículo donde se desarrollan los diferentes mecanismos, controles y acciones procesales utilizados para la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, tanto así garantías genéricas, garantías específicas, el recurso de amparo, y la protección internacional como la misma garantía frente al tribunal europeo de los derechos humanos y de las diferentes jurisdicciones, determinando que el ordenamiento jurídico español cuenta con los suficientes mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, humanos, amparo, garantía, cuestión, recurso, jurisdicción, Tribunal, rectificación, competencia, legitimidad, protección, procedimiento.

ABSTRACT

This is an article where they develop different mechanisms, controls and procedural actions used for the protection of fundamental rights in the Spanish legal system, and guarantees both generic, specific guarantees, the writ of amparo, and international protection as the same guarantee against European court of human rights and the different jurisdictions, determining that the Spanish legal system has enough judicial mechanisms for the protection of fundamental rights.

· Abogado Universidad Santo Tomas Tunja 2009, estudios de Especialización en Filosofía Del Derecho Y Teoría Jurídica Universidad Libre Bogotá 2011, Especialización en Derecho Constitucional Universidad de Salamanca – España 2012, Oficial Mayor Juzgado Primero Promiscuo Municipal De Cáqueza Cundinamarca, Juez en Encargo Juzgado Primero Promiscuo Municipal De Cáqueza Cundinamarca, Auxiliar de Magistrado sala penal Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja. A.E

· El presente artículo original e inédito es un estudio de orden investigativo - analítico, en el cual se presentan los resultados de la investigación finalizada con respecto al *“Protección de los derechos fundamentales, garantías judiciales constitucionales a partir de la constitución española de 1979”*, que se adelanta en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la *línea de investigación en Derecho Constitucional y Construcción Democrática (D.C.C.D)”*.

Método: Se realiza un análisis documental legal, jurisprudencial y doctrinal, procurando un estudio de las diferentes garantías jurisdiccionales que ofrece el ordenamiento jurídico español para la protección de los derechos fundamentales.

KEY WORDS

Law, fundamental, human rights, protection, guarantee, question, resource, jurisdiction, Court, rectification, competition, legitimacy, protection, procedure

RÉSUMÉ

C'est un article montre les mécanismes différents, les contrôles et les actions de procédure utilisées pour la protection des droits fondamentaux dans le système juridique espagnol, et garantit les deux génériques, des garanties spécifiques, le recours de amparo et la protection internationale de la même pour garantir contre la cour européenne des droits de l'homme et les différentes juridictions, de déterminer que le système juridique espagnol dispose de mécanismes assez judiciaires pour la protection des droits fondamentaux.

MOTS CLÉS

Les droits, la protection de l'homme fondamental, la sécurité, l'émission, l'action, la compétence, la Cour, la correction, la compétence, la légitimité, la sécurité, la procédure.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Concepto de derechos fundamentales. 3. Garantías jurisdiccionales. 3.1. Garantías genéricas. 3.1.1. Recurso de inconstitucionalidad. 3.1.2. Cuestión de inconstitucionalidad. 3.1.3. Control previo de inconstitucionalidad. 3.2. Tutela judicial del artículo 53.2. 3.2.1. Garantía jurisdiccional contencioso administrativa. 3.2.1.1. Trámite, plazo, procedimiento, admisión. 3.2.2. Garantía jurisdiccional del orden social laboral. 3.2.2.1. Trámite, plazo, procedimiento, admisión. 3.2.3. Garantía jurisdiccional civil 3.2.4. Garantía jurisdiccional militar. 3.3. Garantías específicas. 3.3.1. Habeas corpus. 3.3.2. Recurso de rectificación. 3.4. Alcances del artículo 24 de la C.E. en materia de protección de derechos fundamentales. 3.5. Recurso de amparo. 3.5.1. *Subsidiariedad*. 3.5.2. Competencia 3.5.3. Legitimidad. 3.5.4. Procedimiento. 4. Protección internacional -garantía frente al tribunal europeo de los derechos humanos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

METODOLOGÍA

El presente artículo se desarrolla a partir del trabajo de investigación exigido por la Fundación General de la Universidad de Salamanca España, exigida en la especialización en derecho constitucional, en el año 2012 titulado Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Fundamentales en el Derecho Español.

Es una investigación jurídica, donde su centro de juicio es la norma, la jurisprudencia y la doctrina jurídica españoles.

1. INTRODUCCIÓN

Pasada la segunda guerra mundial, el derecho constitucional de los estados de occidente sufrió una gran transformación, originada en la prevención de los estados por la vulneración de derechos humanos, derechos que impulsaron su importancia en el orden internacional gracias a la redacción y ratificación de tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, tratados y convenios como el de Roma, que siendo pioneros en la internacionalización de los derechos humanos inspirarían la posterior elaboración de otros de igual índole, que también procurarían la integración internacional para su protección y ejecución entre los Estados miembros, entre estos Estados y sus individuos.

Tal como el profesor Antonio E. Pérez Luño haciendo una descripción sobre la formación y evolución histórica de los derechos fundamentales menciona la influencia de los *Grundrechte* de la constitución de Weimar de 1919 y su sentido en la actual *Grundgesetz de bond*, ley fundamental de la república federal de Alemania de 1949, desarrollo filosófico de pensadores humanistas, promotores de la conciencia de la dignidad humana, algunas ideas tomistas, cristianas sobre la sumisión del derecho positivo al derecho natural, el papel de algunos teólogos y juristas Españoles que defendían los derechos personales de los habitantes de la colonia Española en América, como Vitoria con su trabajo en la universidad de Salamanca, junto a los que se suma la traducción al español de la declaración de los derechos del hombre y su traída a América por Antonio Nariño, los discursos populares de los padres de la patria en América, la carta de Jamaica escrita por Simón Bolívar a Henry Cullen, donde provoca al pueblo americano a luchar en búsqueda de la libertad y otros derechos.

Aportando a la Universalidad de los derechos humanos y evidenciándose el interés de los pensadores tanto hispanoamericanos como angloamericanos por los derechos y libertades de los hombres su ejercicio, garantía y protección por parte del estado, proyectado hacia la dignidad y obviamente a la libertad no solo de los individuos (esclavos) sino de los pueblos de las indias. Locke con la defensa de derechos como la vida y la propiedad su concepto sobre la sociedad civil, Rousseau con su teoría sobre el contrato social, el desarrollo de Kant sobre los derechos naturales y derecho a la libertad y su coexistencia respecto de la libertad de los demás, cartas de derechos como la carta magna en Inglaterra en el año 1215, que en el desarrollo de su exigencia por los ingleses al monarca llevarían a la *Petition of Rights* de 1679, seguido por el *Bill of Rights*. La declaración de independencia americana, el desarrollo de la constitución de Virginia, el desarrollo de constituciones de varios estados en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX en América, Europa y la URSS, pasando incluso al ámbito de los derechos sociales “*carta de estos nuevos derechos el Manifiesto Comunista, redactado por Marx y Engels en el año 1848 (...) declaración de derechos del pueblo trabajador y explotado promulgada por la URSS, y redactado por Lenin en el año 1918*” (PÉREZ LUÑO, 2011; p. 34 y 35).

Estos derechos llevados al ámbito constitucional se han denominado como derechos fundamentales, han tenido un gran desarrollo sustancial tras la exigencia por parte de los individuos frente al estado (cualquier forma de estado) en cuanto a estos derechos su ejecución, efectiva protección y garantía, funcionando así no solo como un factor legitimador de ese poder solo y que solo en su máxima expresión cuando quien ostenta el poder (Estado) garantiza su ejercicio, para el caso Español como se desarrolla a continuación.

2. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son el resultado mas cercano de la positivación de los derechos naturales a nivel interno, *“los términos derechos humanos y derechos fundamentales son utilizados, muchas veces, como sinónimos”* (PÉREZ LUÑO, 2011; p. 39 y 40), incluso se relacionan también como tales derechos constitucionales y derechos de los ciudadanos, que se dirigen a todas las personas y en su ejecución desarrollan la forma de estado, y la dignidad de las personas. Así la Constitución Española, en su título I (De los derechos y deberes fundamentales), configura este contenido se trata siempre, por tanto de derechos delimitados espacial y temporalmente, de aquellos derechos humanos reconocidos y otorgados por convenios internacionales.

3. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Al hablar de garantías jurisdiccionales debe entenderse la existencia dentro del ordenamiento jurídico, de la acción procesal para acudir ante órganos de orden jurisdiccional como mecanismo para la protección de los derechos fundamentales, por medio del cual se puede usar el poder coercitivo del estado mismo para proteger estos derechos, es acudir a la administración de justicia para que mediante un fallo providencia, ella ordene el cese definitivo del acto o hecho que se encuentra vulnerando el derecho o en determinado caso su resarcimiento.

3.1 Garantías Genéricas

La Constitución Española, en su artículo 24.1, a su tenor literal denota *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”*. Este artículo reconoce así; la protección efectiva de los derechos e intereses de todas las personas, referida a un órgano jurisdiccional *jueces y tribunales* que incluso el mismo art. 24.2, señala el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, determinación del derecho al debido proceso *“la defensa y asistencia del letrado; a ser informado de la acusación formulada; a un proceso publico sin dilaciones indebidas y con todas las garantías a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; a no declarar contra si mismo; a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia”* (PÉREZ LUÑO, 2011; p. 77), que se relaciona con la tipicidad del principio de legalidad establecido en el artículo 25 de la C.E., estas garantías genéricas pretenden la protección de la constitución en todo su articulado del que también hacen parte los derechos fundamentales.

3.1.1. Recurso De Inconstitucionalidad

Este recurso se encuentra inmerso en el artículo Art.161.1.a) de la C.E. el cual señala: *“del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”*. En desarrollo de la constitución tal como lo señala la misma se redactó por parte del poder legislativo la ley orgánica 2/1979 de 3 de octubre–Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), donde en su Capítulo II del Título II, reglamenta al respecto.

Se establece así como instrumento procesal de control de constitucionalidad de las leyes como una acción jurisdiccional que protege la constitución en todo su contenido y encontrando los derechos fundamentales dentro del articulado de la constitución también protege estos, en últimas procurando que dentro del ordenamiento jurídico no exista norma que pueda contrariar la constitución manteniendo así su máximo estatus y base del ordenamiento jurídico. El mismo artículo señala en su numeral 1., la competencia entre otras de esta acción únicamente al Tribunal Constitucional.

La legitimación para recurrir directamente normas con fuerza de ley es restringida y determinada por el artículo 162.1 de la C.E. donde enlista algunos órganos sujetos que son: *“El presidente del gobierno, el defensor del pueblo, 50 diputados 50 senadores, los órganos colegiados electivos de las comunidades autónomas y, en su caso, las asambleas de las mismas”*. Donde solo determinados órganos o instancias políticas pueden impugnar este tipo de normas.

El sentido de restricción de legitimación en la impugnación de normas con fuerza de ley, común a casi todos los sistemas de justicia constitucional concentrada, radica en el deseo de evitar continuas impugnaciones de las normas que se consideran elementos básicos del ordenamiento y manifestación, más o menos directa, de la voluntad (PABLO PÉREZ, 2010; p. 222).

3.1.2. Cuestión De Inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad como instrumento procesal que posibilita el control de inconstitucionalidad de las normas se encuentra establecido y desarrollado en el art. 163 de la C.E., en concordancia con el artículo 35 y subsiguientes de la LOTC, *“que permite plantear ante el tribunal constitucional la posibilidad de que normas con rango de ley aplicables a casos de que entiendan y de cuya validez dependa su fallo puedan ser contrarias a la constitución”* (PÉREZ LUÑO, 2011; p.79), procura esta evitar que se produzcan resoluciones judiciales contrarias a la constitución.

Su legitimación se desprende del artículo 163 de la C.E., que indica que: *“Cuando un juez o tribunal de oficio o a instancia de parte, considere que una norma*

con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la constitución planteara la cuestión al tribunal constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta ley”, implica claramente que puede ser el juez o la parte quien plantee el recurso, que la norma sea aplicable al caso e indispensable resolver la duda de inconstitucionalidad para resolver o tomar una decisión, de su validez depende el fallo, se plantea una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia concretando la norma en cuestión, el órgano judicial verifica si se cumple los requisitos y estima si ha de plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, la decisión del órgano judicial sobre la procedencia de plantear la cuestión, no puede recurrirse, el Tribunal Constitucional revisa el cumplimiento de los requisitos legales exigidos que puede llevar al rechazo por parte del tribunal por falta de relevancia, una vez admitida luego en el fallo el mismo Tribunal hace un análisis de fondo en el cual determina si la norma cuestionada resulta inconstitucional o no, notificando así al órgano que planteo la cuestión de inconstitucionalidad para que así pueda fallar el proceso en el que se origino.

3.1.3 Control Previo De Inconstitucionalidad.

En desarrollo del artículo 95 de la C.E., la LOTC en su Título VI establece un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales estableciendo ahí un procedimiento donde el gobierno o alguna de las cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que indique si un tratado internacional es o no inconstitucional, antes de que el estado halla prestado su consentimiento, supone entonces que el tratado debe haber sido negociado y presentarse tal como entrara la norma en vigor luego de su ratificación, presentado el requerimiento el Tribunal Constitucional corre traslado del mismo a los órganos legitimados y al solicitante para que expresen sus alegatos, los cuales deben presentar en el termino de un mes, de igual manera el Tribunal Constitucional puede solicitar a otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del estado o comunidades autónomas cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estime necesarias alargando así en un mes el plazo para su pronunciamiento. Este control procura así evitar que entre al ordenamiento jurídico una norma contraria a la constitución. Anteriormente el artículo 79 de la LOTC, previa que este control también se ejerciera para los estatutos de autonomía y para las leyes orgánicas, pero la LO 4/1985 derogo este artículo permaneciendo este control exclusivo para los tratados internacionales.

En efecto es evidente que una utilización abusiva de dicho recurso por parte de los grupos parlamentarios que integran la oposición puede entorpecer, e incluso colapsar, la legítima actuación del programa legislativo de la mayoría. Con ello pueden producirse retrasos injustificados en el desarrollo normativo de los derechos fundamentales susceptibles de menoscabar su propia implantación (PÉREZ LUÑO, 2011; p. 80).

3.2. Tutela judicial del artículo 53.2 C.E.

El art. 53.2 de la C.E. al tenor literal denota: *“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección I del*

Capítulo II, ante los tribunales ordinarios por medio de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso a través de un recurso de amparo ante el tribunal constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". Su contenido implica la acción procesal como mecanismo para la protección y garantía de estos derechos, esta acción contiene su desarrollo en el título III de la LOTC en la cual se determina el procedimiento, legitimidad y competencia del recurso de amparo.

Consiste en la protección específica de los derechos fundamentales descritos en el Art.53.2 C.E., buscándose así la protección de los derechos reconocidos en el art. 14, derechos y libertades; *igualdad ante la ley no discriminación por razón de nacimiento, raza sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*, y la sección I del capítulo II, derechos fundamentales y de las libertades públicas; derecho a la vida y la integridad física, la libertad ideológica religiosa y de culto, derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio, derecho de circulación en el territorio, derecho de expresión e información, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho de participación y elección, derecho de tutela efectiva ante los jueces y principio de legalidad de las normas penales, derecho a la educación y libertad de enseñanza, derecho a sindicarse, derecho de petición, La objeción de conciencia del artículo 30 de la C.E., y lo que estos derechos implican respecto al articulado.

Para el desarrollo de los siguientes medios de garantía se ha de tener en cuenta que conformidad con lo establecido en el artículo 53.1, en concordancia con el artículo 86.1 de la C.E. se concluye que *"los derechos de los ciudadanos solo pueden ser regulados por ley formal, y las libertades públicas solo pueden ser objeto de desarrollo legislativo mediante una ley orgánica"* (GARCÍA MORILLO, 2010; p. 401), lo que impide al ejecutivo por sí solo aprobar normas que regulen los derechos fundamentales.

Así mismo la reforma a la LOTC de 2007 ha introducido en la LOPJ un nuevo mecanismo de protección de los derechos fundamentales que viene a cerrar la garantía que ofrecen los jueces y tribunales ordinarios. En efecto, la nueva redacción del art. 24.1 de la LOPJ dada por la citada reforma permite reparar, mediante la nulidad de actuaciones, cualquier vulneración de los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 53.2 de la C.E. ante la autoridad judicial a la que imputa dicha vulneración siempre que no haya habido posibilidad de denuncia previa ni quepa recurso ordinario o extraordinario que hiciere viable la reparación de la lesión que se denuncia (GARCÍA MORILLO, 2010; p. 420).

Como ello existen mecanismos específicos para la garantía de los derechos y que mediante el amparo judicial se encuentra en el ordenamiento, que de acuerdo con del artículo 53.2 de la constitución española, que el legislador ha desarrollado para hacer efectivo este amparo incluyendo modificaciones legislativas para todas las

jurisdicciones en esta materia como lo fue la ley 13/2009, de 3 de noviembre ya contenida en lo siguientes.

3.2.1. Garantía Jurisdiccional Contencioso - Administrativa

La ley 29/1998, de 13 de julio, diseña un recurso administrativo especial calificado expresamente de *amparo judicial* y presentado como desarrollo directo del artículo 53.2 de la C.E. Se indica, de forma explícita en el artículo 114.1, de ese texto normativo que: *El proceso de amparo judicial de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución Española, se regirán en el orden contencioso administrativo, por lo previsto en este capítulo (...)* (PÉREZ LUÑO, 2011; p.83 y 84).

Donde de conformidad con esta ley se puede acudir por vía administrativa pretendiendo pueda ser la declaración de un derecho que no ha sido reconocido, la anulación de un acto o disposición que viole derechos fundamentales incluso la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de los derechos entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

3.2.1.1 Tramite, Plazo, Procedimiento, Admisión.

Su tramitación se realiza de acuerdo a lo indicado en el título V capítulo I de la ley 29/1998, de 13 de julio, la cual cuenta con un plazo para interponer de 10 días, que se computarán según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites. Cuando la lesión del derecho tuviere origen en la inactividad administrativa, o, tratándose de una vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de 10 días se iniciará transcurridos 20 días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa de hecho respectivamente.

El mismo día de la presentación del recurso el secretario ha requerirá al órgano administrativo correspondiente para que en el plazo de 5 días remita el expediente acompañado de datos que estime procedentes, luego de lo cual remitido el expediente el órgano administrativo lo comunicara a todos los interesados, acompañado del escrito de interposición y emplazándoles para que puedan comparecer ante el juzgado o sala en el plazo de 5 días.

El órgano administrativo y los interesados al comparecer pueden solicitar la inadmisión del recurso y la celebración de la comparecencia, en la cual se convoca por parte del secretario a las partes y al ministerio fiscal para oírles sobre la procedencia del recurso y su tramitación, transcurridos los 5 días en que el órgano administrativo debe remitir el expediente, recibido este en el juzgado o sala, se pone por secretaría de manifiesto a las partes por plazo de 48 horas, en las que se podrán realizar alegaciones, sin alterar el curso del proceso, recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión, en su caso, puesto que la falta del envío del expediente administrativo dentro del plazo previsto de 5 días no suspende los autos, el

emplazamiento a los demás interesados, el secretario judicial, dentro del siguiente día dicta decreto mandando seguir las actuaciones.

El secretario si estima que no procede la admisión dará cuenta al Tribunal quien en su caso, comunicara a las partes el motivo de la inadmisión. De existir motivos de inadmisión, el secretario convocará a las partes y al ministerio fiscal a una comparecencia como la ya mencionada en la que se les oirá sobre la procedencia del recurso y su tramitación, al día siguiente el secretario dictara auto mandando proseguir las actuaciones o acordando su inadmisión por inadecuación del procedimiento.

A continuación, de acordar la prosecución del procedimiento el secretario pondrá de manifiesto al recurrente el expediente y demás actuaciones para que en un plazo de 8 días formalice la demanda y acompañar los documentos, formalizada la demanda el secretario dará traslado al ministerio fiscal y a las partes demandas para que en vista del expediente presenten alegaciones en un plazo común de ocho días y acompañen los documentos que estimen oportunos, evacuado el tramite de alegaciones el órgano jurisdiccional decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba donde el periodo probatorio en ningún caso será superior a veinte días comunes para su proposición y practica, pruebas que han de practicarse de acuerdo a lo previsto en la ley.

Conclusas las actuaciones el órgano jurisdiccional dictara sentencia en el plazo de 5 días, procediendo contra este fallo únicamente el recurso de apelación en un solo efecto.

El artículo 121 de la ley 29/1998, de 13 de julio, impone al operador judicial la garantía de los derechos fundamentales indicándole que: *“se estimara el recurso cuando la disposición, la actuación o acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación del poder, como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo”*.

3.2.2. Garantía Jurisdiccional Del Orden Social - Laboral

Esta garantía tiene su marco normativo en real decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el texto de la ley de procedimiento laboral que contiene disposiciones para la garantía preferente y sumaria de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción social.

3.2.2.1 Tramite, Plazo, Procedimiento, Admisión.

Este se encuentra desarrollado en el capítulo XI, del título II, del libro II, donde cualquier trabajador o sindicato podrá recabar la tutela de un derecho o interés legítimo que considere lesionados cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social, en el caso en que la legitimidad por activa corresponda al trabajador como sujeto lesionado, pudiendo ser parte el sindicato al que este

pertenezca como coadyuvante, pero sus actuaciones se limitan a las partes principales sin poder continuar el proceso sin ellas.

Se limita el proceso al conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin poderse acumular acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad sindical, el juzgado o tribunal deberá tramitarlo con preferencia igualmente el A-Quem, los recursos que se interpongan respecto a este trámite procesal.

Sin embargo el artículo 181 indica que: *“las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas al conocimiento del orden jurisdiccional social se tramitaran conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo”* sin embargo lo demás referente a la relación laboral se han de tramitar con arreglo a la modalidad procesal correspondiente de acuerdo a la naturaleza del asunto.

La demanda ha de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para la conducta o acto que se concrete la lesión a la libertad sindical, la demanda ha de indicar los hechos constitutivos de la vulneración alegada, el juez o la sala podrán rechazar de plano las demandas que no deban tramitarse de acuerdo a lo previsto en la ley, advirtiendo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cause procesal correspondiente, sin embargo el juez o la sala podrá dar el trámite correspondiente ordinario o especial si para una u otra fuere competente y dicha demanda reúne los requisitos exigidos por la ley.

Prevé la norma la medida cautelar permitiendo en el artículo 178, que en el mismo escrito de interposición de la demanda se solicite la suspensión del acto impugnado. Pero limitándola a vulneraciones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, restructuración de planillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten el interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación. El día siguiente a la admisión de la demanda el secretario ha de citar a las partes y al ministerio fiscal para que en el término señalado, dentro de las 48 horas siguientes, para que comparezcan a una audiencia preliminar donde solo se admitirán alegaciones y prueba sobre la suspensión solicitada, en la misma el órgano judicial resuelve de manera oral, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación o evitar ese perjuicio imposible de remediar.

Admitida la demanda, el secretario cita a las partes para los actos de conciliación y juicio, que ha de tener lugar dentro del plazo improrrogable dentro de los 5 días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso entre la admisión y estos actos deberá mediar un término mínimo de 2 días, en el acto del juicio una vez constada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, el demandado deberá aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad

El juez o la sala dicta sentencia en el plazo de 3 días desde la celebración del acto del juicio publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes, en caso de declara la existencia de la vulneración denunciada en ella el operador judicial declara lo pertinente, ordenando el cese inmediato del comportamiento antisindical o que vulnera el derecho y la reparación del daño junto con lo que ello implica volver las cosas al estado anterior incluyendo la indemnización, así mismo en caso de declarar la inexistencia de la vulneración el juez ordena el levantamiento de la medida cautelar.

3.2.3. Garantía Jurisdiccional Civil

La garantía jurisdiccional civil de los derechos y libertades tiene su marco normativo en la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que ha puesto en desarrollo legislativo del artículo 53.2 de la Constitución en esa materia. Dicha norma establece un régimen jurídico distinto según se trate de reparar violaciones de derechos fundamentales producidas al margen de un proceso judicial y aquellas que, por su sustancia y contenido solo pueden ser causadas, infringidas en el seno de un proceso (PÉREZ LUÑO, 2011; p. 84).

La ley 1/2000, de 7 de enero, esta ley no prevé un proceso especial único para el evento de la vulneración de un derecho fundamental sino que crea la posibilidad de garantizar estos derechos mediante un trámite ordinario, salvo las que refieran al derecho de rectificación puesto que tiene un procedimiento especial que se indicara mas adelante como *recurso de rectificación* gracias a lo estipulado en el artículo 249.2 de esta ley donde indica que el ámbito del juicio ordinario en el que cualquiera que sea su cuantía se decidirá por este procedimiento las demandas “*que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refiera al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el ministerio fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente*”. Proceso ordinario que tiene su desarrollo en el Capítulo I del título II del Libro II que indica como tramitarse al igual de contar con la preferencia a que refiere el art. 53.2 de la C.E. trámite preferente frente a los demás, esta ley en su artículo 447 incluye como motivo de casación para las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en el caso en que se dictara para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, excepto los que conoce el artículo 24 de la constitución, al recurrir estas sentencias el escrito de reparación se limitara a exponer sucintamente la vulneración del derecho fundamental que somete a consideración.

También incluye en el art 534, la preferencia en la ejecución de las sentencias en que se tutelan derechos fundamentales, así el legislador va más allá de la mera declaración de la violación y ordenar el cese del origen de esta sino que va hasta donde se hace efectivo el derecho que es en la ejecución de la sentencia.

3.2.4. Garantía Jurisdiccional Militar

La LO 2/ de 13 de abril, procesal militar prevé en su contenido frente a la protección de los derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la C.E., un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, contra los actos de la administración sancionadora que afecten los derechos fundamentales de la persona proceso el cual se debe adelantar de acuerdo a los lineamientos del proceso contencioso-disciplinario ordinario con algunas modificaciones garantes de acuerdo a lo señalado en el artículo 518 de la misma norma, que son las siguientes: a) *Será parte en el procedimiento la Fiscalía Jurídico-Militar.* b) *Para la interposición de este recurso no será necesario el recurso de reposición ni la utilización de cualquier otro previo en la vía disciplinaria, salvo cuando se trate de sanciones por falta que se precisara haber agotado la vía disciplinaria.* c) *Quien sostiene la representación y defensa de la administración sancionadora no podrá allanarse a la demanda.* d) *Para que proceda la acumulación de actuaciones deberán ser todas las pretensiones, objeto de procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.* e) *el recurso se interpondrá dentro del término de cinco días siguientes a la notificación del acto impugnado si fuera expreso. En caso de silencio administrativo, el plazo anterior se computará una vez transcurridos diez días desde la solicitud del sancionado ante la administración sancionadora, sin necesidad de denunciar la mora. Los demás plazos señalados para el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario quedaran reducidos a cinco días los superiores a este plazo, salvo el recibimiento a prueba que será de diez días comunes para proponer y practicar. La sentencia se dictará en el plazo de tres días.* f) *Cuando se solicite la suspensión del acto impugnado, el Tribunal oirá a las otras partes en el plazo de tres días y resolverá en el plazo de otros tres, ponderando la defensa del derecho fundamental alegado con los intereses de la disciplina militar.* g) *La resolución que ordene la remisión del expediente se notificará de inmediato a las partes emplazándoles para que puedan comparecer ante el Tribunal en el plazo de cinco días. La falta de envíos del expediente dentro del plazo previsto y la de alegaciones por parte de la Administración sancionadora no suspenderá el curso de los autos.* h) *No se dará vista que será sustituida por el tramite de conclusiones que determina el artículo 489.* i) *La tramitación de estos recursos tendrá carácter urgente a todos los efectos orgánicos y procesales.* j) *la propuesta de manifiesto de las actuaciones se sustituirá, cuando sea posible, por la entrega de copia de las mismas debidamente cotejada.* k) *para la tramitación y resolución del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, los Tribunales Militares se constituirán en la forma que determinan los artículos 41.3 y 51.3 de la ley orgánica de competencia y de la jurisdicción militar.* Nótese como en los literales b, e, f, g, i, se determinan los principios de sumariedad y celeridad, al reducirse los términos de la acción procesal y al darse la tramitación de carácter urgente del recurso. A su vez destaca la garante protección de los derechos fundamentales en los procesos disciplinarios que se llevan en el orden militar, que juzgan las conductas y disciplinas de los sujetos forman parte de las fuerzas militares.

3.3. Garantías Específicas

El ordenamiento prevé algunas acciones procesales por medio de las cuales se garantiza el efectivo ejercicio de determinados derechos y que se protegen ante la posible actuación del estado o determinados sujetos que puedan vulnerar estos

derechos procurando remediar el daño causado, sea dejándolos en su estado original, es decir como se encontraban antes de ser afectados o indemnizando al titular de este derecho cuando ya no se ha podido remediar entre ellos están, el derecho de reunión y manifestación garantía determinada en el artículo 122 de la Ley 29/1998, los recursos contencioso electorales contra la proclamación de electos determinado el artículo 109 a 117 de la LOREG, el habeas corpus y el recurso de rectificación, de los cuales he de exponer estos dos últimos siendo los más conocidos para comprender a lo que se refieren las garantías específicas.

Por supuesto toda acción que desarrolla los preceptos del artículo 53.2, se caracteriza por ser un proceso de excepción diferente a los procedimientos ordinarios donde *“solo cabe usar este procedimiento cuando se limite a la protección de derechos fundamentales”* (GARCÍA MORILLO, 2010; p. 240), en que una fase de admisión, resolverá la idoneidad del procedimiento, sumariada y celeridad al contener una tramitación rápida y sencilla, donde los plazos en este son más cortos y preferente por la que se debe tramitar el proceso con preferencia a los demás ordinarios que se encuentren o que lleguen en orden de reparto al despacho judicial.

3.3.1. Habeas Corpus

El *Habeas Corpus*: Partiendo su desarrollo de lo estipulado en el artículo 17.4 de la C.E. el cual indica respecto al derecho a la libertad que: *“La ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Así mismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”* desarrollado por la LO 6/1984, tratándose de un proceso que funciona como un *“recurso judicial por el que se solicita a un juez o tribunal que se dirija a quien tiene detenida una persona y la presente ante ellos”* (PÉREZ LUÑO, p.81), para determinar de cierta manera la legalidad de su detención. Estableciendo como competente para conocer de ella al juez de instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de la libertad, incluso dándole legitimidad para iniciarla de oficio, junto al ministerio fiscal, el defensor del pueblo y obviamente a quien se encuentra privado de la libertad, su cónyuge o persona unida por análogas relaciones de afectividad; descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales de conformidad con el art. 3 de la LO 6/1984.

3.3.2. Recurso De Rectificación

En desarrollo del artículo 18 de la C.E., la LO 2/1984. Consiste en la posibilidad de rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social que considere inexactos, que considera puedan causarle perjuicio, recae exclusivamente sobre hechos que se consideren contrarios a la verdad, otorgando legitimidad en presentarla a toda persona natural o jurídica que resulte perjudicada, aludida o su representante o de haber fallecido este sus herederos o representantes de este; a obtener cumplimiento del deber de rectificar la información difundida que puedan causar ese perjuicio, esta debe presentarse por escrito al director del medio de comunicación

por medio del cual se difundió la información perjudicial y puede exigirse que se rectifique la información en las mismas circunstancias que fue suministrada, es decir en el mismo horario o en la edición mas próxima, que la rectificación pueda llegar al publico de la misma manera que llego la información perjudicial, donde de no rectificarse la información por parte del director del medio de comunicación, siendo esta rectificación requisito para acudir en acción de rectificación ante el juez de primera instancia de su domicilio o donde radique la dirección del medio de comunicación, este ha de ordenar la rectificación.

3.4. Alcances del artículo 24 de la C.E. En materia de protección de derechos fundamentales.

En efecto de acuerdo con lo señalado en el art. 24 de la C.E.:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, resulta evidente que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, como de cualquier otro derecho o interés legítimo, puede bien instarse para cada caso por los cauces previstos en la legislación ordinaria y no forzosamente a través de procedimiento especial del artículo 53.2 de la C.E., hay pues dos vías de protección jurisdiccional, y el demandante puede elegir entre una, la ordinaria u otra la excepcional (GARCÍA MORILLO, 2010; p. 421).”

Teniendo así la vía excepcional en la que solo se garantizan los derechos enunciados en el artículo 53.2 preferente y sumario, y otra ordinaria sin estas características pero que no limitaría esta garantía a determinados derechos, sino que procura la garantía de todos los derechos de acuerdo con el artículo 21 de la C.E., el ejercicio de derechos e intereses legítimos.

Su legitimación se encuentra en cualquier persona, puesto que los derechos se reconocen a todas las personas, personas físicas como jurídicas y que emanan de la vulneración tanto de órganos del estado como de entes particulares.

La protección de los derechos fundamentales en el ámbito privado plantea el interrogante de cual sea la eficacia de la constitución y, en especial, de los derechos fundamentales frente a los particulares. Desde la perspectiva de la teoría clásica, la constitución, y los derechos fundamentales en ella recogidos, aparecen como una limitación de los poderes públicos. Por lo tanto, la fuerza vinculante de la constitución se proyecta sobre los poderes públicos, y no –al menos directamente – sobre los ciudadanos (GARCÍA MORILLO, 2010; p. 424).

La limitación que los derechos fundamentales representan para el ejercicio del poder del estado, se extiende mas allá encontrando en la sociedad la posibilidad de que entes o sujetos particulares vulneren también los mismos, así como la titularidad de estos derechos y su deber para con ellos se encuentra en todas y cada una de las personas del orden social, es ejemplar que la vulneración de determinados derechos como los laborales en su mayoría provienen de entes particulares que de no ser amparados la constitución no tendría eficacia en la garantida de sus derechos.

Así se expone en la sentencia del tribunal constitucional 47 Español de 1985, Caso sala: *“Los derechos fundamentales protegen a todos frente a todos, con independencia de su naturaleza pública o privada; en caso de conculcación de un derecho fundamental los poderes públicos en general, y los juzgados y tribunales en particular; deben preservar o restablecer el derecho violado; si así no lo hicieren, su decisión es atacable incluso ante el tribunal constitucional.*

Estando así todos los ciudadanos sometidos bajo el imperio de la constitución teniendo la obligación de respetar los derechos fundamentales, que el operador judicial se encuentra obligado a respetar, así el incumplimiento por parte de estos permite acudir a la acción constitucional ante el tribunal constitucional para su resarcimiento.

Sus plazos son cortos por desarrollando las carteristas de preferencia y sumariedad, incluso en algunos casos como el *habeas corpus*, que por su naturaleza jurídica *“requiere un proceso extraordinariamente breve ya que solo mediante su establecimiento puede asegurarse de la eficacia de los derechos”* (GARCÍA MORILLO, 2010; p. 423).

También la procedencia de medidas cautelares, las cuales prevengan el incremento del daño causado al derecho en cuestión, así los bienes jurídicos obtienen tutela mientras se resuelve la acción judicial, obviamente debe entrarse a decidir minuciosamente cuando se encuentren bienes jurídicos en juego de cualquier tipo, realizando una ponderación en la cual se determine la imposición de la cautelar o no.

3.5 Recurso De Amparo

El objeto del recurso de amparo es la tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones originadas *“por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”* (Art. 41 de la LO 2/1979 de octubre 3). Cuando la violación de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional sean originadas en un acto administrativo u omisión de un órgano judicial debe cumplir determinados requisitos de conformidad con el art. 43 de la LOTC., que señala como tales los siguientes: a) *Haber agotado todos los medios de impugnación prescritos por las normas procesales para el caso en concreto dentro de la vía judicial.* b.) *Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieran lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso entrara a conocer el Tribunal Constitucional.* c.) *Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello. Con un plazo para interponer de 30 días, contados a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.*

El recurso sería pues aunque la LOTC, no lo prevé susceptible de tener control sobre las lesiones de derechos y libertades que no proceden del poder público sino de particulares

Corresponde a los jueces y tribunales ordinarios reaccionar contra las vulneraciones de los derechos producidas en las relaciones entre particulares; ahora bien, si dichos jueces y tribunales no reparan esas vulneraciones, con ello están, a su vez violando los derechos y libertades; dado que los órganos jurisdiccionales poseen naturaleza jurídico-política, sus decisiones si son impugnables a través del recurso de amparo (PABLO PÉREZ, 2010; p. 231).

El Tribunal Constitucional Español, en el adelanto de su jurisprudencia ha desarrollado una tendencia más favorable a la admisión del recurso de amparo en los supuestos de violación de derechos fundamentales en cabeza de sujetos particulares, el profesor Pérez Luño enuncia algunas jurisprudencias en las que se puede evidenciar esta reciente postura "(STC De 8 de abril de 1981, STC de 8 de junio de 1981, STC de 23 de noviembre de 1981, STC de 29 de enero de 1992) en que el tribunal proclamó expresamente, que se trata de derechos fundamentales, *que han de respetar no solo los poderes públicos, sino también los ciudadanos de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental*".

De esta forma, el Tribunal constitucional en su interpretación amplia de los artículos 41 y 44 de la C.E., no solo protege frente a vulneraciones de los poderes públicos, sino también de los particulares.

Este recurso a su vez permite que el Tribunal en su jurisprudencia, desarrolle la interpretación constitucional de las normas que se someten a su juicio, así como "nada impide que mediante la impugnación de actos de aplicación de las normas con fuerza de ley se pueda llegar a declarar la inconstitucionalidad de estas; con este fin, como también se ha señalado en el artículo 55.2 de la LOTC, establece la posibilidad del planteamiento de la denominada *autocuestión de inconstitucionalidad*" (PABLO PÉREZ, 2010; p. 230).

3.5.1. Subsidiariedad

"Se trata de un recurso subsidiario que exige acudir previamente a los tribunales ordinarios" (PÉREZ LUÑO, 2011; p. 89) pues la defensa de los derechos fundamentales de manera inmediata corresponde a los órganos del poder judicial así: *"la intervención del tribunal constitucional a través del recurso de amparo tiene, pues, un carácter extraordinario y último, justificada solo ante la ineficiencia que en casos concretos pueda tener la intervención judicial"* (PABLO PÉREZ, 2010; p. 232).

Así se tiene como requisito que han de ser revisados en la etapa de admisión del recurso para que este sea procedente. Previsto por la exigencia de la LOTC, cuando en su art 66.1b) "exige para acudir en amparo *haber sido parte en el proceso judicial correspondiente*" (PABLO PÉREZ, 2010; p. 232) como también el artículo

44.1.c) *ibídem* que contiene la exigencia de que el derecho vulnerado haya sido previamente invocado ante los órganos judiciales.

El tribunal constitucional ha interpretado esta exigencia de invocación previa otorgándola una dimensión material y no simplemente formal; lo importante, pues, no es la invocación o cita formal del precepto constitucional lesionado, sino que la cuestión que se pretende debatir ante el tribunal constitucional haya sido ya objeto de discusión ante los órganos judiciales, siempre que haya habido ocasión para ello (PABLO PÉREZ, 2010; p. 233).

Se tiene entonces que en primer lugar se haya agotado la vía judicial indicada de acuerdo a factores como naturaleza del asunto, origen de la violación, sujetos intervinientes, etc..., ello supone como excepcional aquella circunstancia en que no existe medio judicial indicado para la defensa del derecho, es decir que no exista una acción por medio de la cual acudir a la jurisdicción ordinaria buscando la defensa del derecho, sin embargo existen dos excepciones legales que se suman a la anterior *“las lesiones producidas por el poder legislativo (art. 42 LOTC), y las violaciones del derecho de objeción de conciencia que pueden derivarse de actos de la administración militar (art. 54 de la LOTC)”* (PÉREZ LUÑO, 2011; p. 49).

3.5.2. Competencia

Determina su competencia en el art. 161.1.b) radicándola en el Tribunal Constitucional, en concordancia con el artículo 48 de la LOTC, que Señala: *“el conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las salas del tribunal constitucional y en su caso a las secciones”*, así se establece como el único órgano jurisdiccional para su conocimiento.

3.5.3. Legitimidad

De conformidad con lo señalado en el artículo 162.1.b) de la C.E., se encuentran legitimados para interponer el recurso *“toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, el defensor del pueblo y el ministerio fiscal”*. A su vez el art. 46 de la LOTC, exige que para los casos en que las violaciones de los artículos 43 y 44 *ibídem*, la violación de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, la legitimidad recae en quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente. Y para los casos de los artículos 42 y 45 *ibídem*, las violaciones de los derechos y libertades originadas en las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o de sus órganos, esta recae en la persona directamente afectada, existiendo para ambos casos legitimidad del defensor del pueblo y el ministerio fiscal, para interponer el recurso, en estos últimos, *“se trata de supuestos excepcionales justificados por razones de interés general”* (PABLO PÉREZ, 2010; p. 232).

3.5.4. Procedimiento

El recurso se presenta ante el tribunal constitucional en forma de demanda de conformidad con el trámite que se indica en el capítulo II título III de la LOTC, se debe señalar el derecho vulnerado y se argumenta la trascendencia constitucional del recurso, su resolución consta de dos etapas procesales. La primera es la admisión, en la que se verifica que la demanda cumpla los requisitos exigidos por la ley de acuerdo con el artículo 50, junto con ello lo determinado por la LO 6/ DE 2007, que pese a los requisitos del artículo 41 a 46, debe acreditarse que el contenido del recurso tenga trascendencia constitucional, reservando así la intervención del Tribunal Constitucional, únicamente a los casos importantes, si es inadmitida y la causal es susceptible de subsanarse, el tribunal concede un término para ello de 10 días para que de conformidad con lo señalado en el art. 49.4 y 50.4 de la LOTC, se realice. De no realizarse se acordara la inadmisión mediante providencia, contra la cual no procede recurso alguno, de ser subsanada pasa a la segunda etapa luego se procede a la intervención del ministerio fiscal, examinando los antecedentes del asunto o actuaciones, las partes realizan sus alegatos y la sala del tribunal que conozca del caso procede a dictar sentencia.

La sentencia del tribunal puede tener consigo uno o tres siguientes efectos, *“estos son: 1) Declarar la nulidad del acto o resolución impugnada. 2) Reconocimiento del derecho o libertad vulnerado. 3) Restablecimiento del recurrente en la integridad del derecho, debiéndose adoptar las medidas que sean necesarias para ello”* (PABLO PÉREZ, 2010; p. 238).

La mera interposición del recurso no suspende los efectos o ejecución del acto o sentencia contra el cual se dirige, pero cuando esta produzca un perjuicio al recurrente que pudiere hacer perder al amparo su finalidad a petición de este o de oficio por el operador judicial, sala o sección podrá disponer la suspensión total o parcial de sus efectos, siempre que la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales de otra persona, pudiendo la sala otra por medidas cautelares, procurando que el recurso no pierda su finalidad.

La suspensión u otra medida cautelar se resolverá en incidente que se adelanta en cualquier tiempo del recurso hasta antes de dictar sentencia, el incidente de suspensión se sustanciara con audiencia de las partes y ministerio fiscal por un plazo común en un máximo de 3 días, pudiendo la sala o sección condicionar la suspensión de la ejecución y la adopción de medidas cautelares a la satisfacción por el interesado de la oportuna fianza suficiente para responder por los daños y perjuicios que puedan causarse, en supuestos de urgencia excepcional dicha medida puede solicitarse en la demanda y se resolverá en su admisión, decisión que es susceptible de impugnación en el plazo de 5 días luego de su notificación por las partes o el ministerio fiscal la sala resolverá el incidente mediante un auto que no tiene recurso. Para la petición de indemnización de acuerdo con el daño con la concesión o negación de la suspensión de los actos o sentencias de acuerdo con lo señalado con anterioridad, se tramita un

incidente, petición que debe presentarse dentro del plazo de un año a partir de la publicación de la sentencia del tribunal, siendo competentes para conocer de este los jueces o tribunales a cuya disposición se pondrá las fianzas constituidas.

4. PROTECCIÓN INTERNACIONAL-GARANTÍA FRENTE AL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Mediante instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, *ratifica* Convenio de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma en esa fecha y enmendado por los protocolos, adicionales números 3 y 5 de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 respectivamente. Donde los miembros del concejo de Europa considerando la declaración de Derechos Humanos, proclamada por la asamblea general de la ONU el 10 de diciembre de 1948, asegurando el reconocimiento de los derechos en ella enunciados, la unión de los miembros del Consejo de Europa reconociendo a todas las personas independientemente de su jurisdicción en el título los siguientes derechos: Derecho a la vida, prohibiendo la tortura y el trabajo forzado, derecho a la libertad y a la seguridad, derecho a un debido proceso y a no haber pena sin ley previa que así lo indique, derecho a la vida privada y familiar, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión, libertad de reunión y de asociación, derecho a contraer matrimonio, derecho a un recurso efectivo, prohibición de discriminación (...), entre otras disposiciones que procuran la dignidad de la persona en su vida social.

Se instituye allí el Tribunal Europeo De Derechos Humanos, con el fin de asegurar el respeto de los compromisos adquiridos en este convenio, el cual funciona de manera permanente y que su desarrollo y conformación se indica en el título II del convenio, pudiendo acudir ante el toca alta parte contratante (estado miembro), sometiendo al tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el convenio y sus protocolos que, a su juicio pueda ser impugnado a otra alta parte contratante de acuerdo con el artículo 34 del convenio.

No solo se trata de asuntos entre estado también lo es de sus mientras con los estados, pues el artículo 34 del mismo también establece que *“el tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de personas que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Demanda que ha de admitirse acorde con lo dispuesto en el artículo 35 que señala las condiciones de inadmisión: haber agotado las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional legalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la resolución interna definitiva, el tribunal no admite ninguna demanda individual cuando sea presentada por anónimo, sea esencialmente la misma demanda examinada anteriormente por el tribunal o sometida a instancia internacional con arreglo que no contenga hechos nuevos, también declara inadmitida la demanda cuando considere que la demanda es incompatible con las disposiciones del convenio y sus protocolos, que el demandante no ha sufrido perjuicio importante pudiendo decidir esto en cualquier fase del procedimiento”*.

En la medida en que España ratifica esos convenios acepta, también, los mecanismos de protección que incorpora, lo que supone pues por lo que ahora importa un nuevo escalón de garantía de los derechos: La protección internacional (...). Lo relevante ahora es destacar que si todos los mecanismos nacionales de protección resultan infructuosos, los derechos fundamentales pueden ser defendidos también, ante instancias internacionales (GARCÍA MORILLO, 2010; p. 430).

El Tribunal Europeo de los derechos humanos, es un órgano supranacional al cual también en determinada circunstancia puede acudir en búsqueda de garantía de los derechos fundamentales constitucionales como homólogos de los derechos humanos, siendo que en muchas ocasiones es el mismo estado quien en ejercicio del poder vulnera los derechos y se encuentra obligado a protección y cesación por la vinculación y compromiso adquirido con el convenio.

5. CONCLUSIONES

Presentada la anterior investigación se puede determinar que el ordenamiento jurídico español cuenta con los suficientes mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales, que permiten a las personas que integran el cuerpo social acudir a la administración de justicia para que por medio de ella se ordene el cumplimiento de la norma constitucional, cesen diversos tipos de violaciones, se restauren los derechos o se indemnice, ya sea que el daño lo cause un órgano del estado o un particular, buscando así alcanzar los fines del estado establecidos en el preámbulo de la norma constitucional y su desarrollo como estado social de derecho, incluso permitiendo ir a instancias internacionales para la garantía de estos derechos, caracterizados sus procedimientos por la sumariedad, celeridad y preferencia, por la pronta solución que necesita la discusión jurídica de la vulneración del derecho y el afán del titular del mismo por su protección.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PÉREZ LUÑO A. (2011) *Temas clave de la Constitución española -los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

LÓPEZ GUERRA L, ESPIN E, GARCÍA MORILLO J, PABLO PÉREZ TREMP, MIGUEL SATRÚSTEGUI (2010) *Manuales de derecho constitucional volumen I*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

LÓPEZ GUERRA L, ESPIN E, GARCÍA MORILLO J, PABLO PÉREZ TREMP, MIGUEL SATRÚSTEGUI (2010) *Manuales de derecho constitucional volumen II*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Constitución española de 1978. Publicada en el BOE el 29 de diciembre de 1978.

Ley orgánica 2 de 1979. Del Tribunal Constitucional Español. 3 de octubre de 1979.

Ley orgánica 4 de 2000. Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 11 de enero de 2000.

Ley orgánica 6 de 1984. Reguladora del Procedimiento Habeas Corpus. 24 de mayo de 1984.

Ley orgánica 1 de 1982. De Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. 5 de mayo de 1982.

Ley orgánica 2 de 1984. Reguladora del Derecho de Rectificación. 26 de marzo de 1984.

Ley orgánica 11 de 1985. De Libertad Sindical. 2 de agosto de 1985.

Real decreto-ley 17 de 1977. Sobre Relaciones de Trabajo. 4 de marzo de 1977.

Ley 29 de 1998. Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 13 de julio de 1988.

Ley 13 de 2009. De reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. 3 de noviembre de 2009.

Ley 1 de 2000. Enjuiciamiento Civil. 7 de enero de 2000.

Ley orgánica 2 de 1989. Procesal Militar. 13 de abril de 1989.

Convenio de Roma. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 4 de noviembre de 1950.

LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PRETENSIONES MOTIVOS Y ARGUMENTOS

Jorge Jiménez Leube

Fecha de entrega : 7 de marzo de 2012

Fecha de aprobación: 21 de junio de 2012

RESUMEN.**

El deber de congruencia afecta a cualquiera de los actores que en cualquier tiempo y lugar sometan una controversia a la decisión de un árbitro o juzgador, cuando el juzgador incurre en el vicio de incongruencia la sentencia debe resultar revisada, derivándose la necesaria consecuencia de la casación. en este artículo se estudia la regulación legal e interpretación doctrinal y jurisprudencial del deber de congruencia en el proceso contencioso administrativo Colombiano y en el Español.

PALABRAS CLAVE:

Congruencia procesal, incongruencia procesal, incongruencia omisiva, causa, controversia, pretensiones, motivos, argumentos, pruebas.
Actio menti congruens esse debet. M:T: Ciceron. 5 de Fin 58.

INTRODUCCIÓN

Genéricamente hablamos de sentencia incongruente cuando en un proceso contradictorio un juez o arbitro concede a las partes más o distinto de lo que ellas habían pedido, u omite resolver sobre alguno de las pretensiones planteadas. La omisión de la congruencia por el juzgador implica incongruencia procesal. Pero no es solo el juzgador quien esta sometido al cumplimiento en el proceso de ciertas reglas lógicas. En la redacción de un recurso contencioso administrativo, o en la respuesta a la demanda también los actores están sometidos a ciertos límites que siempre tienen que ver con la lógica de su propio discurso.

Por el carácter revisor que se otorga a la jurisdicción contencioso administrativa, en cumplimiento del principio de auto tutela, antes de plantear la controversia en sede judicial, el recurrente debe dar a la administración pública recurrida la oportunidad de resolver la controversia. Por eso, cuando el recurrente en su demanda se aparta gravemente de las pretensiones o de los motivos que en su día expuso ante la administración en su previo recurso administrativo también incurre en una forma de incoherencia que en España se denomina “desviación procesal”. La comisión de este vicio implica la inadmisión de la demanda, que incluso puede que no se declare hasta el dictado del a sentencia. A diferencia de la legislación Española el ordenamiento

· Doctor en Derecho, Abogado. Coordinador del área de Derecho administrativo de la Universidad Alfonso X “El Sabio”, Madrid (España). jimelue@uax.es.(www.uax.es). **AE**

** Artículos de orden ref lexivo el cual es una Producción original e inédita, resultado del desarrollo del Congreso Internacional de Derecho Público, que se desarrollará en el mes de Octubre de 2012 en la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.

El método usado en este estudio es de carácter documental con base a los predicados de la ley y la doctrina existente para de esta forma desarrollar un texto con finalidad reflexiva, basado en fuentes directas y originales.

Colombiano no regula expresamente la figura de la desviación procesal, aunque la doctrina y jurisprudencia interpretativa colombiana también exigen al recurrente el cumplimiento de ese deber, que se considera implícito en los requisitos de la admisibilidad de la demanda.

El tercer modo de incongruencia a que me quiero referir es la denominada incongruencia interna que es el vicio en que incurre cualquiera de las partes, o el propio juzgador cuando no existe una grave falta de conexión lógica entre las pretensiones, los motivos y los argumentos expuestos.

En los tres modos referidos, el vicio de incongruencia resulta inaceptable, por lo que en los ordenamientos jurídicos contemporáneos la sanción que recibe es la más severa que se puede establecer: respecto de la parte la inadmisión de la acción, que pone fin al proceso y supone la condena en costas; respecto al juzgador, la nulidad *ex nunc* de la sentencia o resolución dictada, que abre la vía al planteamiento frente a ella de recursos de revisión.

La promulgación de un nuevo texto legislativo procesal obliga a la doctrina y a la jurisprudencia a interpretar nuevamente los preceptos que han resultado formalmente modificados, pero también les ofrece la ocasión de ensayar una reflexión más profunda sobre las cuestiones procesales que tienen una autentica relevancia material, bien porque afectan a derechos fundamentales, bien –como lo que aquí nos ocupa- porque afectan a la propia lógica y sentido de todo el proceso.

A continuación presentare unos cuantos materiales en apoyo de esa reflexión, que considero útil y necesaria, ya que a mi juicio resulta conveniente y posible que la doctrina de ambas naciones unifique los conceptos y categorías terminológicas, beneficiándose con ello de una transmisión de experiencias.

1.- EL DEBER DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

Obligación de congruencia de la sentencia – como principio rector de toda actividad del juez del orden de la jurisdicción de lo contencioso- se establece expresamente en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011 por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de los contencioso administrativo¹, y en el artículo

¹ ARTICULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar as conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen. En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*. para establecer el derecho particular, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. Las condenas al pago o devolución de una cantidad liquida de dinero se ajustaran tomando como base el índice de precios al consumidor.

305 y en el numeral 2º del artículo 368² y del actual código de procedimiento civil colombiano³, que resulta de aplicación subsidiaria al procedimiento contencioso.

Como –por todas- se expone en la sentencia de 24 de septiembre de 2001 de la suprema corte de justicia colombiana⁴, en forma unánime y reiterada la doctrina y jurisprudencia colombianas consideran que la facultad que tiene el juzgador para definir los litigios no es ilimitada, ya que –salvo las facultades oficiosas que las mismas leyes reconozcan-, la función jurisdiccional debe queda sometida a los linderos que fijan las partes en los correspondientes escritos y en las oportunidades debidas.

Según esta doctrina, y en resumen, el ámbito del desenvolvimiento del proceso civil queda establecido por las pretensiones formuladas por el demandante incluyendo su fundamento factico y las excepciones propuestas por el demandado.

Es decir que en Colombia, para que la sentencia se considere congruente, debe presentar relación de conformidad o identidad entre tres cosas:

Las pretensiones aducidas por el demandante en la demanda

Las excepciones que parezcan probadas y hubieran sido invocadas por el demandado, si no se autoriza su declaración oficiosa.

Lo resuelto en la sentencia.

En el proceso Colombiano, a diferencia del Español a que luego me referiré, la *litis* debe quedar definida en el libelo introductorio y en la contestación.

La doctrina y la jurisprudencia colombianas, entienden que el vicio de incoherencia en que puede incurrir la sentencia no es vicio de juicio, sino un vicio de mera actividad, motivo este por el que lo denominan vicio *in procedendo*. Paradójicamente, a pesar de que el vicio esta formalmente considerado como vicio de procedimiento, la consecuencia jurídica que se deriva de su acreditación es la rotunda y definitiva casación del fallo. Aunque se conceptué como un vicio de mera actividad, siempre que se acredita que no existe conformidad entre lo planteado por los contendientes en la *causa petendi* y lo decidido en el fallo de la sentencia, la

² ARTICULO 368 causales.

No estar la sentencia en consonancia con los hechos, colas pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.

³ ARTICULO 305. Congruencias. 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 hubieran sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por calidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta.

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 de la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a mas tardar en su alegato de conclusión, y cuando este no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

⁴ Sentencia de la sala de casación civil de la suprema corte de justicia colombiana de 24 de septiembre de 2001. Magistrado ponente D. José Fernando Ramírez Gómez (Expediente N° 5876)

jurisprudencia colombiana, interpretando uniformemente las sucesivas leyes rituaras, entiende que procede la casación del fallo. Efectivamente la incongruencia es un vicio que se comete durante el procedimiento y con razón de su tramitación, pero como de la acreditación de su existencia se deduce la ruptura del principio de contradicción, y por causa de esa ruptura la posible indefensión de la parte, las consecuencias de la incongruencia son siempre de carácter sustantivo o material, por lo que inexorablemente deben conducir a la casación del fallo.

2.- LOS MODOS DE LA INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA COLOMBIANA.

Siguiendo con la doctrina recogida en la citada sentencia, el defecto del fallo –la incongruencia en que incurre el juzgador en su sentencia- puede revestir tres modalidades, que reciben sus correspondientes nombres:

Incongruencia o inconsonancia *ultra petita*: cuando en la sentencia se provee en exceso respecto de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para hacerlo.

Incongruencia o inconsonancia *minima petita*: cuando en la sentencia se omite decidir sobre alguna de las excepciones o de las pretensiones formuladas.

Incongruencia o inconsonancia *extra petita*: cuando en la sentencia se deciden puntos que no han sido objeto del litigio, o con apoyo en unos hechos diferentes a los invocados por las partes.

Interpretando a contrario estos tres criterios, la jurisprudencia colombiana restringe notablemente los supuestos de posible casación de las sentencias, ya que no considera incongruente ni a la sentencia que concede menos de lo pedido, ni a la que considera a una parte más de lo que se deduce de los hechos que la otra parte consiguió probar, pero siempre que esto sea igual o menor que lo pretendido por la otra. Igualmente la jurisprudencia entiende que tampoco la sentencia incurre en vicio de incongruencia cuando acoge una excepción que la ley permite que el juez pueda o deba declarar de oficio, o que hubiera sido propuesta por el demandado bajo el presupuesto de estar probada.

A pesar de que las interpretaciones a contrario de los preceptos nunca se pueden derivar mucha seguridad jurídica esta reciente reforma no ha incluido un precepto expreso que regule estos supuestos de coherencia procesal. Tampoco se ha regulado ahora la denominada desviación procesal, es decir la incoherencia en que incurren las partes, aunque –por supuesto- esto no significa que la legislación vigente permita a las partes incurrir en el vicio de incongruencia, ya que como dijimos, la nueva legislación procesal mantiene los severos requisitos formales⁵ que se imponen en los escritos rectores de las partes. En consecuencia, la jurisprudencia colombiana, en unánime y reiterada interpretación del numeral 4 del artículo 137 del anterior código

⁵ Se establece en los Arts.162 y 163 de la ley 1437 de 2011 por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo.

contencioso administrativo⁶. Exige que las partes cumplan con la carga procesal de ser claros y precisos en la formulación de la pretensión y de los fundamentos de derecho de sus respectivos escritos rectores.

La doctrina establecida en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana (*vid.* La sentencia C- 197/99⁷), a mi juicio también resuelta mas garantista frente a la parte procesal que incurrió en incongruencia que la jurisprudencia actualmente fijada en España.

La corte constitucional entiende que no se debe extremar un rigorismo procesal que atente contra el principio de la prevalencia del derecho sustancial⁸, por lo que defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no puede conducir a desestimar un cargo de nulidad. Así, la corte considera que aunque la demanda no haya invocado expresamente la correspondiente norma constitucional, tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo debe aplicarla de oficio, a efecto de asegurar la vigencia y goce efectivo de dichos derechos.

Aunque esta ya no sea el tema que nos ocupa, por respeto a la necesaria integración sistemática de la interpretación del ordenamiento, me parece conveniente referir que también en el ámbito penal colombiano la exigencia de congruencia de la sentencia es notable. Así la doctrina dictada en interpretación del artículo 448 de la ley 906 de 2004, de conformidad con los artículos 29 y 31 superiores y 8º de la convención americana sobre derechos humanos (*Vid* sentencia c-025 de 27 de enero de 2010⁹), establece que el principio de congruencia es un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia, y que debido al carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal, y dentro de unos márgenes racionales, es necesaria una mayor exigencia de congruencia entre la acusación y la sentencia que entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación.

⁶ Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984) artículo 137- contenido de la demanda. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: 1. La designación de las partes y sus representantes. 2. Lo que se demanda. 3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción. 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de impugnación de un acto administrativo deberá indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. 5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. 6. la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia”

⁷ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 numeral 4 del anterior código contencioso administrativo. Magistrado ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell, sentencia C-197/99 expediente D-2172.

⁸ Vid.tb la doctrina denominada como “exceso ritual manifiesto” elaborada por la corte constitucional en defensa del derecho sustancial. Esta doctrina ha posibilitado tutelas contra determinadas providencias judiciales.

⁹ Artículo 448 CONGRUENCIA. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Artículo declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, por la corte constitucional mediante sentencia c-025 de 27 de enero de 2010, magistrado ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

3.- EL DEBER DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

La obligación de la congruencia de la sentencia fue un requisito que se estableció expresamente en España desde la promulgación del artículo 43 de la ley procesal de 1956.

La actual legislación procesal española sigue manteniendo la obligación de congruencia de la sentencia como principio rector de toda la actividad del juez del orden de la jurisdicción de lo contencioso, y esta obligación se establece expresamente en el artículo 33.1 y 2 y 67 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁰. Precepto este último que tiene un claro paralelismo con el artículo 218 de la ley española 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil¹¹, que resulta de la aplicación subsidiaria al proceso contencioso.

Aunque los citados artículos 33.2 y 65,2 de la LRJCA conceden una cierta libertad al juzgador para motivar su decisión, los principios de contradicción y congruencia, le exigen que cuando efectivamente fundamente la decisión en motivos o cuestiones nuevas, previamente los someta a la consideración de las partes. Ya que efectivamente la previsión contenida en el citado apartado 2 del ya citado artículo 33, obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que el juez pretenda fundar su resolución.

En España desde ya la clásica STS de 5 de noviembre de 1992¹² el tribunal supremo había salido al paso de confusas doctrinas anteriores, señalando claramente los criterios para apreciar la congruencia de las sentencias:

¹⁰ Artículo 33. 1. Los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo juzgaran dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición. si el juez o tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquellas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabra recurso alguno.

Artículo 67.1. la sentencia se dictara en el plazo de diez días desde que el pleito haya sido declarado concluso y decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso.

¹¹ Artículo 218. Exhaustiva y congruencia de las sentencias. Motivación.1. las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenado o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. 2. Las sentencias se motivaran expresando los razonamientos facticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a las aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos facticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos de objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

¹² STS. Sala de lo contencioso, sección: 1 de 5 de noviembre de e1992. N° de recurso: 54/1991. Ponente Pablo García Manzano. Id, CENDOJ 28079130011992107095

Pretensiones: en la demanda contenciosa administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc.

Cuestiones o motivos: las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación, que la jurisprudencia denomina “cuestiones”.

Argumentos: las “cuestiones” o motivos de invalidez alegados por las partes, se hacen patentes ante el tribunal mediante la aportación de argumentos facticos y jurídicos.

La congruencia exige del tribunal que no solamente se pronuncie sobre las pretensiones –para acogerlas o rechazarlas en todo o en parte- sino que tras aquel examen se pronuncie sobre todas la cuestiones que han servido de soporte inmediato a las pretensiones; es decir, que el deber de coherencia requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. Para poder pronunciarse sobre las pretensiones el juzgador debe analizar las cuestiones o motivos planteados por las partes, aunque en esa labor el juzgador no este vinculado, ni tenga que seguir el discurrir lógico-jurídico que las partes han empleado en la elaboración de sus argumentos.

Afirmando esta doctrina, el tribunal constitucional español dicto la sentencia 9 de febrero de 2004¹³ encaminada a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso. En esta sentencia el tribunal constitucional también señala que debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones, sin que las primeras requieran “*una respuesta explícita y pormenorizada*” mientras que, por el contrario, las pretensiones si exigen que se le “*de respuesta congruente*” sin mas excepción que la denominada “*desestimación tácita de la pretensión*”, que se produce cuando la ratio de la decisión puede deducirse del conjunto de razonamientos incluidos en la sentencia. En síntesis pues, para el tribunal constitucional español la congruencia de la sentencia presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo (partes) y objetivo (*petitum* y *causa de pedir*). La adecuación o correspondencia que la congruencia impone debe extenderse tanto al resultado o al efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado (*petitum*) como a los hechos que sustentan la pretensión y nutren su fundamento (*causa pretendi*).

Citando está consolidada doctrina jurisprudencial, también una reciente sentencia del tribunal supremo español (vid. STS. De 20 de julio de 2012¹⁴), reitera la obligación de que la decisión judicial mantenga la congruencia con las pretensiones y con las alegaciones de las partes, aunque resalta nuevamente que como “alegaciones de las partes” únicamente deben entenderse los auténticos motivos del recurso (o cuestiones) y no la totalidad de los argumentos jurídicos esgrimidos por las partes.

¹³ STC 8/2004, de 9 de febrero sala primera. disponible en :

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/sentencias.aspx?cod=14478>

¹⁴ St. T.S.sala de lo contencioso de 20 de julio de 2012, sección: 5, nº de recuerdo: 4190/2010 ponente: Rafael Fernandez Valverde. Id. Cendoj: 28079130052012100515

Pretensiones y motivos delimitan el alcance objetivo de la resolución judicial, debiendo, no obstante, añadirse para precisar el alcance del requisito de la congruencia que examinamos, otras dos consideraciones adicionales:

Que la congruencia procesal es compatible con el principio *iura novit curia* en la formulación por los tribunales de sus razonamientos jurídicos.

Que la incongruencia es relevante, incluso, desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva y del derecho de defensa constitucionalmente reconocidos (artículo 24.1 y 2 constitución española), cuando como consecuencia de ella se produce una modificación de los términos del debate procesal, con quiebra del principio de contradicción y menoscabo del fundamental derecho de defensa. Por ello (vid. STC (/2004 de 9 de febrero) el tribunal constitucional ha insistido en que es “*preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar... si el silencio de la resolución judicial representa una autentica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tacita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva*”.

4.- LOS MODOS DE LA INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

El tribunal constitucional español (vid. STC 20/11982), viene considerado el vicio de incongruencia, en sus distintas modalidades, como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo mas, menos, o cosa distinta de lo pedido. Este vicio puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constituya de una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desmotivación en que consista la incongruencia sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal.

A partir de ese planteamiento general, la jurisprudencia española distingue tres distintos modos de incongruencia, precisando las condiciones para apreciar su existencia:

La llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*. Se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes. Para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no es necesaria una contestación ni explicita, ni pormenorizada de todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a si pretensión pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respuesta respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Como ya mencionamos, no existe incongruencia *ex silentio* cuando quepa interpretar (razonablemente) ese silencio judicial como una “desestimación tacita” y la motivación de la desestimación puede inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución.

La denominada incongruencia *extra petitum*; se da cuando el pronunciamiento judicial rehace sobre un tema que no este incluido en las pretensiones procesales, de

tal modo que se haya impedido así a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionado con lo decidió, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción.

La denominada incongruencia interna. Como ya expusimos, el tribunal supremo en sintonía por lo declarado por el tribunal constitucional, ha declarado que deben examinarse todas las cuestiones controvertidas.

TRES REFLEXIONES Y UNA PRECISION. CONGRUENCIA Y PRINCIPIOS PROCESALES.

Primera: durante todo el juicio, desde su inicio, el juez debe cuidar la coherencia, o lo que es lo mismo, prevenir la incoherencia, especialmente cuando el proceso es oral y queda vinculado al orden mantenido en las sesiones. En un proceso judicial contradictorio verbal o escrito, cada una de las partes elabora su propio discurso (contradiciendo y contrariando el adverso), para que sobre la base de aquellos dos, y solo en cierta medida con su límite, el juzgador fije los hechos probados, y los argumentos mas ciertos.

Es decir que el juzgador tiene el deber de componer un tercer discurso que – resolviendo la controversia planteada (contrariedad y contradicción)- dará y quita razones a las partes. Para ello el juzgador debe:

Primero debe fijar los hechos, considerando cuales realmente acaecieron y cuáles no, y discerniendo entre los que resultan relevantes y los superfluos, según la consideración expuesta por las partes y la que se deriva de su aceptación o rechazo.

A continuación, el juzgador debe estudiar la trascendencia fáctica y jurídica, que las partes pretenden hacer resultar de esos hechos.

Por último, atendiendo a lo que cada parte pretende, ala vista de los hechos relevantes que han resultado probados y de los argumentos contradictorios frente a los que la otra parte tuvo posibilidad de defensa, considerar las iguales, mayores o menores razones que a cada uno asisten, para fundamentar en ellas el fallo o la solución de la controversia que fue sometida a juicio.

Segunda: en un proceso contradictorio, como es el contencioso administrativo, el denominado “principio de congruencia” obliga a ajustar el fallo judicial a las pretensiones de las partes. El fallo judicial no debe ajustarse a aquello que las partes realmente pretendían obtener del juzgador, sino únicamente a aquello que realmente hayan expresado pretender. El juzgador no está vinculado a aquello que las partes realmente pretenden, ni siquiera a aquello que debieron pretender: el juzgador únicamente esta vinculado a lo que las partes expresaron pretender en el momento del proceso establecido a ese efecto, que lógicamente en los procesos escritos debe ser el momento de la redacción del escrito rector, y en los procedimientos orales, el momento de la primera audiencia.

La incongruencia solo vulnera el principio de contradicción cuando la desviación es de tal gravedad que supone una sustancial modificación de los términos en que

discurrió la controversia procesal: la congruencia siempre tiene que ver con los términos de la controversia.

Esta precisión parece importante, ya que por aplicación del principio de contratación, al igual que el juzgador, la otra parte que actúa en el proceso debe poder conocer las pretensiones contrarias, para así poder oponerse a ellas. Si una parte procesal no puede conocer, (o conociéndolo no puede entender) lo que se pretende de contrario, tampoco puede ofrecerse. El principio procesal de contradicción y el de congruencia, están íntimamente vinculados ya que es el juego de ambos el que garantiza el derecho fundamental a la defensa. La prohibición de la incongruencia de la sentencia (el denominado principio de congruencia procesal), hace efectivo el principio de defensa.

Tercera: el único límite del derecho y libertad de defensa de la parte que consigue estar dignamente representada en un proceso, estriba en el derecho de la parte contraria a defenderse frente a ella, y en el respecto al deber de juzgar cabalmente que siempre pesa sobre el juzgador, y del que deriva este deber de congruencia con la causa y controversia planteada. Cuestiones todas estas de orden público, de las que se derivan para el juzgador y para las partes deberes superiores al derecho de ejercicio de sus propios derechos y libertades.

Por último y para terminar una precisión de orden meramente terminológico, la incongruencia es un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. Este desajuste –por mera lógica- solo puede presentar dos supuestos: o se concede más de lo pedido, o se concede menos de lo pedido.

En realidad cuando se concede cosa distinta de lo pedido no deberíamos hablar de la incongruencia, sino de incoherencia¹⁵. La incoherencia es un vicio más grave que a incongruencia, porque introduce en el proceso ya no cuestiones distintas a las tratadas por las partes, sino cuestiones ajenas a lo tratado.

En todo caso, hay que dejar fijado que cuando lo concedido es distinto de lo pedido, siempre para alguna de las partes supondrá más o menos (incluso nada) de lo pedido, por lo que la incoherencia puede reducirse a alguno de los dos casos anteriores.

Así la concesión de algo distinto siempre es incongruente, porque como lo incoherente siempre excede los términos en que se planteo la controversia siempre será incongruente respecto a la causa que constituye el objeto de ese debate: la clave de la comprensión del problema de la coherencia estriba en la distinción entre los conceptos de controversia y de causa.

¹⁵ Coherencia: procede del verbo haerere, que significa unir, ligar e incluso o añadir algo de una misma naturaleza. Coherente es aquello que está correctamente ligado o unido con otra cosa de su misma especie o naturaleza. En castellano usamos otros términos que también proceden de este verbo como adherir, y que nos dan cuanta del real significado. Congruencia (congruens, its) una idea que necesariamente se deriva de otra, en la que encuentra su causa, *actiones virtutibus congruentes*. M.T. Cicerón 1. De leg. 38 *actio menti congruens esse debet*. M.T. Cicerón. 5 de fin.58.

INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS

Criterios de los artículos que se presenten a consideración del comité editorial para su publicación:

1. Los artículos deben ser originales y contener una extensión de 12 a 25 páginas, en formato carta, fuente Arial 12, espacio sencillo y con márgenes no inferiores a 3 cm.
2. En una nota o pie de página superpuesta al nombre del autor al inicio del artículo, debe mencionarse cargo e institución en que labora, máximo título académico obtenido, correo electrónico, nombre del proyecto y estado de la investigación, grupo de investigación al cual pertenece y la clase de artículo que es.

(Lo anterior teniendo en cuenta la tipología de COLCIENCIAS:

- **Artículo de investigación científica y tecnológica:** presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. Estructura: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
 - **Artículo de reflexión:** presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
 - **Artículo de revisión:** resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.)
3. Presentación del artículo con título (15 palabras máximo), subtítulo opcional y nombre del autor.
 4. El cuerpo del artículo debe contener las siguientes características:
 - Resumen (no podrá ser inferior a 100 ni tampoco exceder 200 palabras)
 - Palabras Clave: se deben registrar mínimo 4, máximo 7 palabras.
 - Abstract: Será la traducción del resumen, en la que el autor vele por conservar el sentido del mismo.
 - Keywords: Debe corresponder a las palabras clave consignadas en español conservando la esencia del significado en el texto.
 - Introducción

-
- Desarrollo del trabajo
 - Resultados (sólo en el caso de un artículo de investigación).
 - Conclusiones
 - Bibliografía

5. Referencias Bibliográficas: Se utilizará el sistema APA (American Psychological Association) para las citas de referencia, como aparece en la revista IUSTA No. 29 páginas 163 - 168:

CITAS DE REFERENCIA EN EL TEXTO (Cita textual)

El estilo APA requiere que el autor del trabajo documente su estudio a través del texto, identificando autor y fecha de los recursos investigados. Este método de citar por autor fecha (apellido y fecha de publicación), permite al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de referencias al final del trabajo.

A. Ejemplos de citar en el texto una obra por un autor:

1. De acuerdo a Meléndez Brau (2000), el trabajo afecta los estilos de ocio.
2. En un estudio sobre la influencia del trabajo sobre los estilos de ocio. (Meléndez Brau, 2000).
3. En el año 2000, Meléndez Brau estudió la relación entre los estilos de ocio y el trabajo...

Cuando el apellido del autor forma parte de la narrativa, como ocurre en el ejemplo **1.**, se incluye solamente el año de publicación de artículo entre paréntesis. En el ejemplo **2.**, el apellido y fecha de publicación no forman parte de la narrativa del texto, por consiguiente se incluyen entre paréntesis ambos elementos, separados por una coma. Rara vez, tanto la fecha como el apellido forman parte de la oración (ejemplo **3.**), en cuyo caso no llevan paréntesis.

B. Obras con múltiples autores:

1. Cuando un trabajo tiene dos autores (as), siempre se cita los dos apellidos cada vez que la referencia ocurre en el texto.
2. Cuando un trabajo tiene *tres, cuatro o cinco autores*, se citan todos los autores la primera vez que ocurre la referencia en el texto. En las citas subsiguientes del mismo trabajo, se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de la frase "et al." y el año de publicación.

Ejemplos:

Ramírez, Santos, Aguilera y Santiago (1999) encontraron que los pacientes... (Primera vez que se cita en el texto).

Ramírez et al. (1999) concluyeron que... (Próxima vez que se menciona en el texto).

3. Cuando una obra se compone de seis o más autores (as), se cita solamente el apellido del primer autor seguido por la frase "et al." y el año de publicación, desde la primera vez que aparece en el texto. (En la lista de referencias, sin embargo, se proveen los apellidos de todos los autores.)
4. En el caso que se citen dos o más obras por diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis.

Ejemplo:

En varias investigaciones (Ayala, 1994; Conde, 1996; López y Muñoz, 1999) concluyeron que...

C. Citas literales:

Todo el texto que es citado directamente (palabra por palabra) de otro autor requiere de un trato diferente para incluirse en el texto. Al citar directamente, se representa la cita palabra por palabra y se incluye el apellido del autor, año de publicación y la página en donde aparece la cita.

1. Cuando las citas directas son cortas (menos de 40 palabras), éstas se incorporan a la narrativa del texto entre comillas. Las normas de la APA no aclaran si ese texto debe ir en cursiva o no, desde mi punto de vista si el texto va corrido dentro de un párrafo más amplio se deja en letra normal, pero si se destaca con dos puntos y aparte entonces debe poner en cursiva.

Ejemplo:

"En estudios psicométricos realizados por la Universidad de Connecticut, se ha encontrado que los niños tienen menos habilidades que las niñas" (Ferrer, 1986, p.454).

2. Cuando las citas directas constan de 40 o más palabras, éstas se destacan en el texto en forma de bloque sin el uso de comillas. Comienza este bloque en una línea nueva, sangrando las mismas y subsiguientes líneas a cinco espacios (se puede utilizar el Tabulador). El bloque citado se escribe a doble espacio.

Ejemplo:

Miele (1993) encontró lo siguiente:

El “efecto de placebo” que había sido verificado en estudio previo, desapareció cuando las conductas fueron estudiadas de esta forma. Las conductas nunca fueron exhibidas de nuevo aun cuando se administran drogas verdaderas. Estudios anteriores fueron claramente prematuros en atribuir los resultados al efecto placebo (p. 276).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS AL FINAL DEL DOCUMENTO

La lista bibliográfica según el estilo APA guarda una relación exacta con las citas que aparecen en el texto del trabajo. Solamente se incluyen aquellos recursos que se utilizaron para llevar a cabo la investigación y preparación del trabajo y que, por tanto, están citados en el cuerpo del mismo tal y como se veía en el apartado anterior.

- La lista bibliográfica se titulará: **Referencias bibliográficas** o **Referencias**.
- La lista tiene un orden alfabético por apellido del autor y se incluye con las iniciales de sus nombres de pila.
- Debemos sangrar la segunda línea de cada entrada en la lista a cinco espacios (utilice la función sangría francesa del procesador de palabras).
- Los **títulos de revistas o de libros** se ponen en letra itálica; en el caso de revistas, la letra itálica comprende desde el título de la revista hasta el número del volumen (incluye las comas antes y después del número del volumen).
- Se deja un solo espacio después de cada signo de puntuación.

Formatos básicos generales

Publicaciones periódicas (revistas)

Autor, A.A. (año). Título del artículo. *Título de la revista, volumen*, páginas.

Publicaciones no periódicas (libros)

Autor, A.A. (año). *Título de la obra*. Lugar de publicación: Editor o casa publicadora.

EJEMPLOS DE REFERENCIAS

Revistas profesionales o “journals”

Artículo con dos autores:

- Campoy, T.J. y Pantoja, A. (2005). Hacia una expresión de diferentes culturas en el aula: percepciones sobre la educación multicultural. *Revista de Educación*, 336, 415 – 136.

Artículo con un solo autor:

- Pantoja, A. (2005). *La acción tutorial en la universidad: propuestas para el cambio*. Cultura y Educación, 17 (1), 67-82.

Revista popular (magazín)

- Sánchez, A. (2000, mayo). Bogotá: La capital más cercana a las estrellas. *Geomundo*, 24, 20-29.

Se incluye la fecha de la publicación – el mes en el caso de publicaciones mensuales y el mes y el día en el caso de publicaciones semanales. Se incluye número de volumen

Artículos de periódicos

- Ferrer, M. (2000, 14 de julio). El centro de Bellas Artes escenario para 12 estrellas de ópera. *El San Juan Star*, p.24

Ejemplos de referencia a libros

- Pantoja, A. (2004). *La intervención psicopedagógica en la Sociedad de la Información. Educar y orientar con nuevas tecnologías*. Madrid: EOS.

Libro con nueva edición:

- Match, J. E., y Birch, J. W. (1987). *Guide to successful thesis and dissertation* (4th ed). New York: Marcel Dekker.

Libro con autor colectivo (agencia de gobierno, asociaciones, institutos científicos, etc.):

- American Psychological Association. (2001). *Publication manual of the American Psychological Association* (5th ed.). Washintong, DC: Author.
- Cuando el autor y editor son los mismos, se utilice la palabra **Author** (Autor) para identificar la casa editora.

Enciclopedia:

- Llorca, C. (1991). Revolución Francesa. En *Gran enciclopedia RIALP*. (Vol. 20, pp. 237-241). Madrid: Ediciones RIALP.

Tesis de maestría no publicada

-
- Rocafort, C. M., Sterenberg, C., y Vargas, M. (1990). *La importancia de la comunicación efectiva en el proceso de una fusión bancaria*. Tesis de maestría no publicada, Universidad del Sagrado Corazón, Santurce, Puerto Rico.

Recursos electrónicos

La World Wide Web nos provee una variedad de recursos que incluyen artículos de libros, revistas, periódicos, documentos de agencias privadas y gubernamentales, etc. Estas referencias deben proveer al menos, el título del recurso, fecha de publicación o fecha de acceso, y la dirección (URL) del recurso en la Web. En la medida que sea posible, se debe proveer el autor del recurso.

Documentos con acceso en el World Wide Web (WWW):

- Brave, R. (2001, December 10). *Governing the genome*. Retrieved June 12, 2001, from <http://online.sfsu.edu/%7Erone/GEessays/GoverningGenome.html>
- Suñol, J. (2001). *Rejuvenecimiento facial*. Recuperado el 12 de junio de 2001, de <http://drsunol.com>

Artículo de revista localizado en un banco de datos (ProQuest):

- Lewis, J. (2001). Career and personal counseling: Comparing process and outcome. *Journal of Employment Counseling*, 38, 82-90. Retrieved June 12, 2002, from <http://proquest.umi.com/pqdweb>

Artículo de un periódico en formato electrónico:

- Melvilla, N. A. (2002, 6 de junio). Descubra los poderes del ácido fólico. *El Nuevo Día Interactivo*. Recuperado el 12 de junio de 2002, de <http://endi.com/salud>

Documentos jurídicos y gubernamentales de Colombia:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Nombre oficial de la Constitución. Artículo específico citado. Fecha de promulgación.

Ej. Constitución Política de Colombia. Art. 23. Julio 20 de 1991.

LEYES

Número y año de la Ley. Asunto. Fecha completa de promulgación. Número en el Diario Oficial.

Ej. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública. Julio 28 de 1993. Diario Oficial No. 41094.

CÓDIGOS

Título Oficial del Código. Número y año de la Ley a que corresponde. Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación (País)

Ej. Código Contencioso Administrativo. Decreto 1 de 1984. Art. 145. Enero 2 de 1994.

DECRETOS, ORDENANZAS, ACUERDOS, RESOLUCIÓN

Número y año del Decretos/Ordenanzas/Acuerdos/ Resolución. Asunto. Fecha de promulgación del acto. [Ente que lo promulgó]

Ej. Decreto 2473 de 2010. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007. Julio 9 de 2010 [Presidencia de la Republica].

JURISPRUDENCIA

Tribunal que profiere la Sentencia. Sala o Sección (en caso de ser aplicable). Número de Sentencia o del proceso (Magistrado/Consejero ponente/ Juez; fecha).

Ej. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-649/10. (Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto; 24 de agosto de 2010).

FOTOGRAFÍAS E ILUSTRACIONES

Las fotografías, ilustraciones y gráficos deberán enviarse en archivos independientes del texto principal. También deberán ser identificadas como “figura” y enumeradas según el orden de utilización en el texto. La buena calidad de las ilustraciones, en la publicación se debe a la calidad de archivo enviado por el autor. Cada ilustración debe tener un pie de imagen que de cuenta de su providencia.

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD DE ARTÍCULO PRESENTADO

Título del artículo que se presenta:

Área: _____

Autor: _____

Fecha de presentación: _____

Por medio de esta comunicación certifico que el artículo que estoy presentando para posible publicación en la revista institucional impulsada de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja, Principia Iuris , es de mi entera autoría, siendo sus contenidos producto de mi directa contribución intelectual.

Todos los datos y referencias a publicaciones hechas están debidamente identificados con su respectiva nota bibliográfica y en las citas que se destacan como tal.

Por todo lo anterior, declaro que el material presentado se encuentra conforme a la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual, y por lo tanto, me hago responsable de cualquier reclamación relacionada a esta.

En caso de que el artículo presentado sea publicado, manifiesto que cedo plenamente a la Universidad Santo Tomás seccional Tunja los derechos de reproducción del mismo. Como contraprestación de la presente cesión, declaro mi conformidad de recibir (5) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

El autor,

El editor,

C. C

C.C.

Principia Iuris ISSN 0124-2067

INSTRUCTIVOS PARA PARES EVALUADORES

Formato de evaluación de artículos

REVISTA PRINCIPIA IURIS ISSN 0124-2067

1. INFORMACIÓN DEL EVALUADOR

Nombre completo: _____

Lugar de trabajo: _____

Cargo: _____

Dirección: _____

Teléfono: _____ Mail: _____

Título Pregrado: _____

Títulos (s) Posgrado: _____

Áreas de Especialidad: _____

Fecha recepción: _____

Fecha de devolución: _____

Título del Artículo: _____

2. EVALUACIÓN DEL ARTÍCULO

2.1 TIPO DE ARTÍCULO (señale con x)

- Artículo de investigación
- Artículo de reflexión
- Artículo de revisión
- Otros (indique cuál) _____

2.2 INTERÉS PARA EL LECTOR (Señale con x)

- Aporte de nuevos datos e información ()
- Aporte nuevas interpretaciones o argumentaciones ()

-
- Aporte por compendio, síntesis o revisión ()
 - Aporte teórico ()
 - Aporte metodológico ()
 - Revisión exhaustiva de bibliografía ()
 - Sin mucho interés ()
 - Otro comentario:
-
-
-
-

2.3 ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ARTÍCULO: Califique de uno (mínimo) a cinco(máximo) cada uno de los siguientes criterios:

- ¿El artículo hace una nueva e importante contribución al conocimiento por medio de material empírico y/o conceptual, o como síntesis teórica? ()
- ¿El artículo logra el objetivo planteado? ()
- ¿El problema sobre el que trata está planteado de manera clara en la introducción? ()
- ¿Las conclusiones y los resultados se relacionan con el objetivo? ()
- ¿La presentación del argumento es clara y coherente? ()
- ¿El argumento sustenta la conclusión? ()
- ¿El material está presentado de manera efectiva y es adecuado para sustentar la discusión? ()
- ¿Presenta estudios anteriores y debates sobre el tema? ()
- ¿Las interpretaciones son convincentes? ()

Otro comentario _____

2.4 SOBRE LA FORMA DEL ARTÍCULO

- ¿El título y el resumen reflejan adecuadamente el contenido del artículo?
(Si _No_)
- ¿Sugiere algún cambio? _____
- ¿Hay partes del argumento que son potencialmente erróneas, vagas o no suficientemente precisas?
(Si _No_)
- ¿Las palabras clave son adecuadas y suficientes? (Si _ No _)
- ¿Sugiere algún cambio? _____
- ¿La longitud es adecuada? (Si _ No _)
- ¿Sugiere algún cambio? _____
- ¿Da el/la autor(a) demasiadas referencias o muy pocas? (Si _ No _)
- ¿Son estas apropiadas para los puntos que intenta hacer en el texto?
(Si _ No _)
- ¿Hay errores obvios en la bibliografía? (Si _ No _)
- ¿Se omiten fuentes importantes? (Si _ No _)
- ¿El artículo contiene, según su conocimiento, omisiones significativas o errores?
(Si _No_)

2.5 RECOMENDACIONES PARA EL EDITOR (Señale con x)

- Publicable sin modificaciones ()
- Publicable con modificaciones (se indican abajo) ()
- No publicable (se indica abajo la razón) ()

2.6 RECOMENDACIONES PARA EL AUTOR

Recomiende cambios puntuales, indicando los apartes del artículo en que deberían introducirse, o cambios generales en cuanto a estructura del documento:

Comentarios (use papel adicional si lo requiere)

Firma

Esta revista se terminó de imprimir en
Diciembre de 2011
en los talleres gráficos de:



GRAFILASSER

Editores • Impresores
☎s 7431272 / 7447637
TUNJA - BOYACÁ



Principia IURIS

Contenido

17

EDITORIAL

SECCIÓN I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL

Aproximaciones a la antropología jurídica:
construyendo sociedades justas
Antropólogo ricardo gómez

Análisis de la ley 1480 de 2011 que reforma el
estatuto de protección al consumidor en Colombia
Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.

El contrato de consumo: notas características
Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio

Pioneros del realismo jurídico metafísico en
Colombia
Mg. Carlos Gabriel Salazar

Valor vinculante de las sentencias de unificación
del consejo de estado: ¿una alteración al sistema
de fuentes de derecho en el proceso contencioso
administrativo
Mg. Fernando Arias García

Acto administrativo, recursos y revocación directa
Ph. D. Manuel Alberto Restrepo Medina

La teoría de la sustitución: ¿un caso de mutación
constitucional?
Abog. Fernando Tovar Uricoechea

Derecho a la educación - educación en derecho
Lic. María Rubiela Sáenz Medina

Derecho a la educación inclusiva en el marco de
las políticas públicas
Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

SECCIÓN II. TEMA CENTRAL -RESULTADOS DE INVESTIGACIONES: PROBLEMÁTICAS EN CONVERGENCIAS.

El poder constituyente "extraordinario" como
dispositivo generador de responsabilidad
patrimonial del estado. Implicaciones de la
asamblea nacional constituyente -ANC- en la
configuración de la noción de modelo
constitucional introducido con la carta política de
1991.

Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño

Principios del régimen probatorio en el marco del
sistema procesal penal en colombia.
Ph. D. Alfonso Daza González

Liberalización del comercio de servicios
financieros en el marco de la OMC
Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno

Implementación de características de seguridad
en el certificado de cómputos expedido a los
internos de los establecimientos carcelarios y
penitenciarios de Bogotá.
Tec. Oscar Javier Hernández Uribe

Responsabilidad del estado por trasplante de
órganos en Colombia
Ph.d. Alvaro Márquez Cárdenas
Ph.d yolanda M. Guerra García

Existe solidaridad en el contrato de servicios
públicos domiciliarios
Esp. Olivia Aristhitzta Gutiérrez Cadena

SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

Los derechos humanos de la mujer y la violencia
sexual en el derecho internacional
Ph. D. natalia barbero

La acción humanitaria como cooperación al
desarrollo, en el contexto del derecho
internacional humanitario
Mg. Eyder Bolívar Mojica

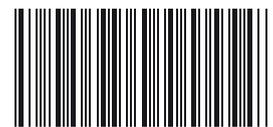
El recurso de amparo constitucional en alemania
- die verfassungsbeschwerde in deutschland
Ph.d (c) John Jairo Morales Alzate

Protección de los derechos fundamentales,
garantías judiciales constitucionales a partir de la
constitución española de 1979
Esp. José Luis Suarez Parra

La congruencia de la sentencia en el proceso
contencioso-administrativo: pretensiones motivos
y argumentos
Ph. D. Jorge Jiménez Leube



CATEGORÍA A
COLCIENCIAS



0124-2067