



# NUEVO

# DERECHO

vol. 17 n° 28

Enero a Junio de 2021

ISSN: 2011-4540

ISSN-e: 2500-672X



INSTITUCIÓN  
UNIVERSITARIA  
DE ENIGADO

Ciencia, educación y desarrollo  
Viglada Mineducación



Fondo Editorial

Institución Universitaria de Enigado



**Nuevo Derecho**  
ISSNe 2500-672X

Institución Universitaria de Envigado, Colombia -  
Grupo Auditorio Constitucional

**Rectora**

Blanca Libia Echeverri Londoño,  
*Institución Universitaria de Envigado, Colombia*

**Decano Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas**

Gabriel Alonso Campuzano Cadavid,  
*Institución Universitaria de Envigado, Colombia*

**Directora - Editora**

Ivanna Calvete León,  
*Institución Universitaria de Envigado, Colombia*

**Editores Asociados**

Miguel de Jesús Nería Gevoa,  
*Universidad Autónoma de Baja California Facultad de  
Ciencias Administrativas y Sociales, México*

Andrés Felipe Roncancio Bedoya  
*Institución Universitaria de Envigado*

Gustavo Aguilera Izaguirre  
*Universidad Autónoma del Estado de México*

**Comité Editorial**

Rogelio López Sánchez,  
*Universidad Autónoma de Nuevo León, México*

Michael Gustavo Núñez Torres,  
*Universidad Autónoma de Nuevo León, México*

Pedro Caminos,  
*Universidad de Buenos Aires, Argentina*

Karla Vega Ruiz,  
*Universidad de Guadalajara, México*

Carlos Alberto Macedonio Hernández,  
*Universidad Autónoma de Yucatán, México*

Tadeo Eduardo Hubbe Contreras,  
*Universidad de Guadalajara, México*

Daniel Castaño Zapata,  
*Universidad de Medellín, Colombia*

Luis Enrique Cárdenas Voges,  
*Universidad de Colima, México*

Horacio Cerutti Guldberg,  
*Universidad Nacional Autónoma De México, México*

Rafael Santacruz Lima,  
*Universidad Autónoma del Estado de México, México*

**Asistencia técnica**

Lina Marcela Patiño Olarte,  
*Institución Universitaria de Envigado, Colombia*

**Director de Publicaciones**

Jorge Hernando Restrepo Quirós,  
*Institución Universitaria de Envigado, Colombia*

**Coordinadora de Publicaciones**

Lina Marcela Patiño Olarte,  
*Institución Universitaria de Envigado, Colombia*

**Corrección de estilo**

Erika Tatiana Agudelo Olarte

**Diseño y diagramación**

Leonardo Sánchez Perea

**Dirección y contacto**

Cra. 27 B 39 A Sur 57 – Envigado, Colombia  
Teléfono: + 57 4 3391010  
[nuevo.derecho@iue.edu.co](mailto:nuevo.derecho@iue.edu.co)

Nuevo Derecho se encuentra incluida en los siguientes  
índice y base de datos:

- Lexbase
- Fuente Académica Premier de EBSCO
- VLEX
- Catálogo Latindex
- Latindex 2.0
- Dialnet
- Leyex.info
- Actualidad Iberoamericana
- REBID
- MIAR
- DOAJ
- CLASE - BIBLAT
- AmeliCA
- CIRC

La responsabilidad de los artículos publicados en la Revista  
Nuevo Derecho recae, de manera exclusiva, en sus autores,  
y su contenido no refleja necesariamente el criterio de la  
institución



Revista Nuevo Derecho por Institución Universitaria de  
Envigado se distribuye bajo la Licencia Creative Commons  
Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

# Contenido

## **Editorial**

Ivanna Calvete León

## **Análisis comparado de la votación de colombianos en Estados Unidos, España y Venezuela (2014 y 2018)**

Diego Alejandro Casas  
Pedro Piedrahita Bustamante

## **Análisis de la materialización de las sentencias de restitución de tierras en la ciudad de Montería**

Daniela María Orozco Poveda  
Mariam Margarita Castaño Maza  
María Paulina Cogollo Anaya

## **Normograma de la regla de la carga de la prueba en el proceso judicial colombiano: constitucionalización de la carga de la prueba**

María Victoria Santana Londoño  
José Ángel Giraldo Ríos  
Delio David Arango Navarro

## **Parámetros constitucionales y convencionales aplicables a la limitación de derechos en el contexto del covid-19 en México**

Raúl Montoya Zamora

## **El conocimiento privado del juez y la valoración de la prueba pericial en la responsabilidad penal médica**

Pastor Camilo Perafán Cardona  
Sebastián Arenas Jaramillo  
Juan David Luna Quintero

## **La intervención estatal y el Estado social de derecho: análisis de como las ramas del poder público materializan los derechos fundamentales**

Gustavo Aguilera Izaguirre  
Andrés Felipe Roncancio  
Mariana Restrepo Marulanda

## Editorial

En las últimas décadas la investigación jurídica y socio-jurídica ha logrado apropiarse de un espacio fundamental en la comunidad académica, generando reflexiones acerca de la manera en que entendemos los ordenamientos jurídicos, sus transformaciones a través de la historia y su relación con la sociedad en medio de las diferentes contingencias y cotidianidades.

De acuerdo con lo anterior, en este momento de cambio que ha enfrentado el mundo en el contexto de la pandemia, las dinámicas sociales, políticas, económicas y jurídicas se han visto abocadas a crear y adoptar mecanismos alternativos para dar continuidad a sus funciones propias en la sociedad, enfrentando las dificultades que se presentan en cada uno de sus campos de acción y reconociendo las nuevas condiciones de vida y desarrollo social. En este sentido, los procesos académicos e investigativos también se vieron expuestos a las transformaciones y adecuaciones a las nuevas maneras de desarrollarse en las circunstancias de la pandemia, conservando la finalidad de mantener los espacios de reflexión teórica y empírica que permiten revisar, entender, comprender y analizar los fenómenos sociales y naturales que nos circundan.

Es necesario, entonces, reivindicar el papel de la comunidad académica e investigativa, que, sin detenerse, ha mantenido en pie los procesos de investigación y formación, y ha generado alternativas para afrontar las actuales transformaciones.

En este contexto la revista *Nuevo Derecho* trabaja constantemente para mantener un espacio de divulgación de los trabajos académicos de alta calidad que buscan fortalecer y fundamentar los debates sobre los temas prioritarios de una academia vigorosa que, durante la contingencia mundial por el covid-19, ha mantenido con vida las reflexiones que aportan a la comprensión de nuestra sociedad.

*Ivanna Calvete León*  
Editora

# Análisis comparado de la votación de colombianos en Estados Unidos, España y Venezuela (2014 y 2018)<sup>1</sup>

*Comparative analysis of Colombian voters  
in the United States, Spain and Venezuela (2014 & 2018)*

Diego Alejandro Casas<sup>2</sup>  
Pedro Piedrahita Bustamante<sup>3</sup>

Recibido: 15/09/2020 – Aceptado: 16/10/2020 – Publicado: 01/06/2021

**Cómo citar este artículo:** Casas, D.A., Piedrahita, P. (2020). Análisis comparado de la votación de colombianos en Estados Unidos, España y Venezuela (2014 y 2018). *Nuevo Derecho*; 17(28): 1-14. <https://doi.org/10.25057/2500672.1354>

## Resumen

El objetivo de la investigación fue indagar sobre el comportamiento electoral de los migrantes colombianos en Estados Unidos, España y Venezuela, y la relevancia de los partidos políticos en las elecciones nacionales de 2014 y 2018. Se realizó a través del método comparado de la ciencia política, a partir de tres modelos de análisis: decisión racional (el ciudadano espera un beneficio o una utilidad con el voto), afinidad partidaria-identificación ideológica (el ciudadano vota de acuerdo con una determinada afinidad política ya establecida) y determinación sociohistórica (el ciudadano vota dependiendo de la estructura social, cultural o económica de la que haga parte). La metodología tuvo un enfoque mixto y el análisis se realizó siguiendo los dos estadios de análisis electoral, en los que, en un primer momento, se describen los resultados electorales en los tres países, y, en un segundo momento, se comparan estos resultados a través de distintos criterios, tales como las preferencias partidarias, los porcentajes de votación y la relevancia electoral. Se concluyó que existe un alto nivel de abstención de los colombianos en el exterior en este tipo de comicios, y que los partidos más relevantes y las preferencias políticas están asociadas a tendencias de derecha y centro derecha.

**Palabras clave:** elecciones, comportamiento político, migrante, Colombia, partido político.

---

<sup>1</sup> Artículo que presenta los resultados de investigación del Semillero Análisis Político de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín desarrollado en 2019.

<sup>2</sup> Politólogo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Subdirector del medio de comunicación Al Poniente. Medellín, Colombia. Correo electrónico: [diego.casasr0@gmail.com](mailto:diego.casasr0@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6414-364X>.

<sup>3</sup> Doctor *Cum Laude* en Derecho Internacional (Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid). Magíster en Seguridad y Defensa (Escuela Superior de Guerra de Bogotá). Politólogo (Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín). Actualmente es el director de la Maestría en Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad de Medellín, Colombia, donde además es Profesor Asistente y miembro del Grupo de Investigación en Conflicto y Paz (A1). Correo electrónico: [ppiedrahita@udem.edu.co](mailto:ppiedrahita@udem.edu.co). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6408-0431>.

## Abstract

The objective of the research is to investigate the electoral behavior of Colombians migrants in three countries: The United States, Spain and Venezuela, and the relevance of the political parties in the national elections of 2014 and 2018. The latter is done through the comparative method of Political Science, based on three models of theoretical analysis: rational decision (the citizen expects a benefit or utility with the vote), party affinity - ideological identification (the citizen votes according to a certain political affinity already established) and socio-historical determination (the citizen votes depending on the social, cultural or economic structure of which he is part). The methodology carried out in the research is based on two stages of electoral analysis: firstly, the electoral results in the three countries are described, and in a second moment, these results are compared through different criteria, such as party preferences, voting percentages and electoral relevance. It is concluded that there is a high level of abstention by Colombians abroad in this type of election, while the most relevant parties and political preferences are associated with right and center right tendencies.

**Keywords:** Elections, Political Behavior, Migrant, Colombia, Political Party.

## 1. Introducción

El objetivo del artículo es analizar desde el método comparado la votación de los colombianos en Estados Unidos, España y Venezuela. Para ello se utiliza la perspectiva de análisis electoral propuesto por Vallès (1990) y los tres modelos teóricos de comportamiento político: *decisión racional*, *afinidad partidaria e identificación ideológica* y *determinación sociohistórica* (Vallès, 1990). Se comparan estos tres países por presentar el mayor nivel de migración colombiana según datos de la Cancillería para 2018. Los datos electorales que se observan son los del período 2014-2018, por lo que solo se tienen en cuenta las elecciones nacionales y no las elecciones atípicas.

Desde la década de los 60 los colombianos residentes en el exterior tienen derecho a participar en las elecciones nacionales. Cada cuatro años tienen la posibilidad de votar en las elecciones legislativas (Senado y Cámara de Representantes) y presidenciales, pero no en las elecciones locales. Incluso los 819.398 colombianos habilitados para votar en el exterior, según los datos de la Cancillería de Colombia (2018) para las últimas elecciones nacionales, tienen la posibilidad de elegir un congresista para la Cámara de Representantes (Franco-Cuervo, 2018). Todo esto, porque la Constitución de 1991 introdujo en Colombia varias reformas en la organización de las elecciones en el país.

Una de estas reformas fue la introducción de las circunscripciones especiales en Cámara de Representantes (Cámara Baja). La idea fue asegurar la participación de las minorías étnicas (indígenas y negritudes), y la de los colombianos en el exterior (Franco-Cuervo, 2018), denominada circunscripción internacional del Congreso, curul en la que solo cuentan los votos “depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior” (Franco-Cuervo, 2018. p. 101).

Los resultados generales de la votación de los colombianos en el exterior desde el año 2002 hasta las elecciones del 2014 evidencian: primero, el respaldo que los colombianos han mantenido al expresidente Álvaro Uribe Vélez y a su línea política (Schembri, 2015); y, segundo, un alto abstencionismo (González, 2010; Schembri, 2015). En este sentido, el análisis de los comportamientos políticos posibilita la comprensión de las continuidades, discontinuidades, tendencias y preferencias de los colombianos en el exterior.<sup>4</sup> Con estos estudios, entonces, se busca conocer una conducta estrictamente política, como la del votante que participa en unas elecciones y elige a sus representantes, para “explicar, sobre un fundamento empírico, el proceso dinámico de la acción política genuina (libre, no prescrita por una norma jurídica)” (Sánchez, 1964, p. 163).

Además, con el análisis de comportamientos políticos se pretende hacer “observaciones empíricas del proceso político constituido por las acciones y las interacciones recíprocas de los hombres; en este proceso se trata de describir las uniformidades o regularidades típicas” (Sánchez, 1964, p. 161). El desarrollo de una investigación de este tipo se traducirá en que, según Sánchez (1964), se puedan estudiar los sucesos para “predecir la probabilidad de su comportamiento” (p. 164), como en este caso de los migrantes colombianos.

Después de esta introducción se desarrolla un estado del arte acerca de la votación de los colombianos en el exterior; luego, se detalla la metodología planteando las limitaciones y alcances de la investigación; en un tercer apartado se realiza un análisis comparado de la votación de los colombianos en el exterior en los tres países; por último, se plantean algunas conclusiones y una breve discusión en clave de prospectiva.

## 2. Estado del arte

Los trabajos e investigaciones recientes sobre la participación electoral de los colombianos en el exterior han seguido tres tipos de perspectivas (en su mayoría comparativas e interdisciplinarias). La primera se centra en el derecho electoral, haciendo énfasis en los temas jurídicos y legales de este mecanismo de participación. La segunda se basa en el fenómeno migratorio y se enfoca en las miradas desde la migración, especialmente bajo la teoría transnacional. La tercera perspectiva es la política, en la que se incluye el estudio de las votaciones, los sistemas electorales, los candidatos, la opinión pública, los partidos, entre otros elementos.<sup>5</sup> Cabe mencionar que también hay trabajos e investigaciones en los cuales se mezclan dichas perspectivas.

Desde el análisis jurídico se encuentran trabajos como el de Navarro (2016), que compara las características del sistema electoral de varios países latinoamericanos, así como la posibilidad de participar en las elecciones en el extranjero. Araujo (2010) analiza los canales jurídicos e institucionales que facilitan los Estados, por medio de la participación electoral, para así incorporar a los migrantes a este. El objetivo de su investigación fue:

<sup>4</sup> Según Sánchez (1964), los comportamientos políticos son un tipo de acción que se estudian en la realidad política.

<sup>5</sup> En este trabajo, se desarrolla principalmente la perspectiva de análisis político. La línea jurídica y transnacional se tiene en cuenta tangencialmente.

Aportar al debate en torno al Estado, la migración y la participación política a partir de un análisis comparativo de las distintas acciones que han llevado a cabo los estados de la región andina para otorgar y organizar la participación política de los migrantes a través del voto (Araujo, 2010, p. 2).

En esta línea también se encuentra Restrepo (2008), quien cuenta la historia de esta curul especial, presenta las reglamentaciones del registro electoral, es decir, describe la parte legal de la participación de los colombianos en las elecciones y lo relacionado con las inscripciones, propaganda electoral, comunicaciones, autoridades electorales, entre otras (Restrepo, 2008).

En la perspectiva de estudios migratorios (transnacional) se destaca el trabajo de González (2010), en el que se analizan elementos como el proceso de creación de esta curul y de los mecanismos para participar, los obstáculos y dificultades que se ha tenido en estas elecciones y el abstencionismo de los colombianos en el extranjero. También se encuentran las investigaciones de Bermúdez (2011, 2014). En la primera (2011) revisa las prácticas de los migrantes en la participación política. La misma autora reconoce que su artículo tiene una limitación en su alcance, porque no emplea métodos cuantitativos. En su segundo trabajo Bermúdez (2014) indagó cómo se desarrollan los vínculos entre los países y sus ciudadanos en el exterior. También la forma en la que se introducen en ese campo transnacional las prácticas, especialmente las políticas identitarias de los migrantes (Bermúdez, 2014).

En este mismo grupo, Bermúdez y Escrivá (2015) estudian cómo es la participación política de los migrantes andinos en España. En este trabajo se reconocen otras formas de participación política de los migrantes, más allá del acto de votar en las elecciones. En otra investigación (Bermúdez, Lafleur y Escrivá, 2017) revisaron cómo las prácticas políticas de los migrantes mejoran la calidad de las democracias, a partir de la comparación de tres países latinoamericanos, entre ellos Colombia. Los autores llegan a la conclusión de que “a los emigrados latinoamericanos no se les puede otorgar un papel único o unívoco en relación a sus contribuciones políticas o democráticas al país de origen” (Bermúdez, Lafleur y Escrivá, 2017, p. 51).

Por último, referente a la línea política, está el trabajo de Umpierrez, Mánzur, Campos-Herrera y Río (2018) sobre el plebiscito de la paz del año 2016 y las votaciones extraterritoriales, trabajo que también mezcla una perspectiva transnacionalista. En este se realiza una revisión de literatura sobre las votaciones en el exterior. La metodología utilizada fue observacional y se usó la descripción y la explicación. La evidencia empírica se construyó a partir de tres dimensiones: “(1) perfil socio-demográfico, (2) compromiso migrante y (3) comportamiento electoral” (Umpierrez Umpierrez, Mánzur, Campos-Herrera y Río, 2018, pp. 190-191). No obstante, la investigación solo abarcó una ciudad de Ecuador, lo cual hace que sus hallazgos se queden cortos.

Finalmente, dentro de la perspectiva de análisis político está la investigación de Schembri (2015) cuyo objetivo fue “analizar el comportamiento electoral de los colombianos residentes en el exterior en los comicios legislativos y presidenciales de los años



2002, 2006, 2010 y 2014” (p. 5). El autor se basó en concepciones clásicas, y aunque también utiliza conceptos actuales, se queda corto a la hora de explicar las tendencias y comportamientos políticos de los colombianos en las elecciones.

### 3. Metodología

El enfoque de la investigación es mixto. Los datos cuantitativos son los resultados del preconteo electoral de los Consulados, los cuales se pueden consultar en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil. La información fue extraída entre agosto y septiembre del año 2019 y se organizó en una hoja de cálculo de Excel.

El análisis se realizó a partir de los dos estadios de investigación electoral propuestos por (Vallès, 1990). En el primer momento se exhibió la descripción del resultado de las elecciones, “¿qué ha sucedido en la elección celebrada en tal lugar y fecha con un concreto objetivo institucional (presidencial, parlamentaria, municipal, etc.)?” (Vallès, 1990, p. 194). En el segundo momento se comparó y clasificó la estructuración de los datos, “¿en qué se parece y se diferencia la elección X respecto a la elección Y?” (Vallès, 1990). Esto se hizo por medio de tres dimensiones básicas de análisis: 1. La asignación de puestos electivos en disputa entre los candidatos o candidaturas contendientes. 2. La participación. 3. La orientación de las preferencias partidarias (Vallès, 1990).<sup>6</sup>

Después de este proceso se explicó por qué se produce la decisión de votar y por qué se sigue una orientación en vez de otra (el comportamiento político). Para eso se describieron los tres modelos teóricos propuestos por Vallès (1990): 1) Decisión racional: “El voto es un medio instrumental del que el ciudadano se sirve para conseguir un objetivo, un beneficio o un provecho” (p. 196). 2) Afinidad partidaria e identificación ideológica: “El voto no es aquí un juicio, cuanto un acto de afirmación de identidad o afinidad preexistente a la elección. Esta afirmación o identidad está referida ya a un partido, ya a una tendencia ideológico-política”(p. 197). 3) Determinación sociohistórica: “Cuando se adopta este modelo, el voto es más un acto ‘colectivo’ que una preferencia individual, porque esta preferencia individual se reputa resultado de la pertenencia a un grupo definido por determinadas características sociohistóricas: clase, religión, etnia, lengua, etc” (p. 197).

El análisis comparado se ajusta a la metodología desarrollada por Piedrahita (2020, p. 419), que siguió un enfoque directo al comparar dos períodos específicos: 2014 y 2018, por lo que el nivel del trabajo es microhistórico. De igual forma se analizan las variaciones (diferencias de carácter) de las dos elecciones, por lo que su dimensión es de tipo contributivo. Se aclara que en el análisis de los resultados de las elecciones legislativas solo se incluyen el primer y segundo partido con mayor votación. Con todo, se comparan los comportamientos políticos de los colombianos en el exterior en un período y se explican siguiendo los modelos teóricos mencionados.

---

<sup>6</sup> Según Vallès (1990), de esta manera puede detectarse la distribución de las preferencias, su estabilidad o inestabilidad, concentración o fragmentación, volatilidad, voto escindido, etc.

## 4. Resultados

Los resultados se analizan conjuntamente. Primero se examina la elección presidencial de primera y segunda vuelta, y luego las elecciones de Congreso (Senado y Cámara). Al final del apartado se analizan los hallazgos, utilizando los tres modelos de comportamientos políticos propuestos por Vallès (1990): *decisión racional*, *afinidad partidaria* e *identificación ideológica* y *determinación sociohistórica*.

### 4.1. Presidenciales<sup>7</sup>

En la tabla 1 se presentan los resultados electorales del año 2014, tanto de la primera vuelta como de la segunda vuelta presidencial. Se observa que en Estados Unidos y España el candidato más votado en las dos vueltas fue Óscar Iván Zuluaga (Partido Centro Democrático), mientras que Juan Manuel Santos (Partido de la Unidad Nacional) ganó en Venezuela. Algo relevante es que a pesar de que Zuluaga fue el candidato más votado en todos los consulados (63.887 votos), esto no coincidió con el resultado total en el territorio nacional, pues allí Santos fue el candidato que más votos obtuvo. Además, a pesar de ocupar el segundo lugar en el exterior, Santos siempre presentó un crecimiento en el número de votos de una vuelta a la otra en los tres países.

**Tabla 1.** Resultados en consulados de elecciones presidenciales, Colombia 2014.

País	Candidato/ partido	Votos	Porcentaje	Candidato/ Partido	Votos	Porcentaje
	Primera vuelta			Segunda vuelta		
US	Óscar Iván Zuluaga CD	19.287	58,51%	Óscar Iván Zuluaga CD	30.299	75,68%
	Juan Manuel Santos Unidad Nacional	4.774	14,48%	Juan Manuel Santos Unidad Nacional	8.982	22,43%
ES	Óscar Iván Zuluaga CD	2.327	30,37%	Óscar Iván Zuluaga C.D	4.463	52,23%
	Juan Manuel Santos Unidad Nacional	1.545	20,16%	Juan Manuel Santos Unidad Nacional	3.607	42,21%
VE	Juan Manuel Santos Unidad Nacional	13.111	46,82%	Juan Manuel Santos Unidad Nacional	16.608	53,20%
	Óscar Iván Zuluaga CD	10.538	37,63%	Óscar Iván Zuluaga C.D	14.434	46,24%

Fuente: elaboración propia con datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil (s. f.).

En la tabla 2 se observa que el candidato Iván Duque del partido Centro Democrático (en adelante CD) fue el más votado en ambas vueltas en los tres países analizados. Hay que agregar que este comportamiento se presenta tanto en el territorio nacional como en los consulados. Llama la atención el comportamiento de la elección en España, donde Sergio Fajardo obtuvo en primera vuelta casi el 20% de los votos, pero para la segunda presentó una disminución de ocho puntos que se radicaron en cabeza de Gustavo Petro por la Colombia Humana (en adelante CH). Este comportamiento, aunque

<sup>7</sup> Colombia funciona con un sistema presidencialista, según los tres criterios enunciados por Sartori (2016): 1) El presidente es electo por voto popular. 2) El Congreso no puede despedirlo o echarlo por medio de una votación. 3) Gobierna el Ejecutivo.

en menor proporción, se evidencia también en Venezuela, donde en primera vuelta quedó en segundo lugar el candidato Germán Vargas Lleras y para la segunda Gustavo Petro con diferencias de un punto porcentual.

**Tabla 2.** Resultados en consulados de elecciones presidenciales, Colombia 2018.

País	Candidato/ partido	Votos	Porcentaje	Candidato/ Partido	Votos	Porcentaje
	Primera vuelta			Segunda vuelta		
US	Iván Duque CD	79.905	71,22%	Iván Duque CD	91.385	84,76%
	Sergio Fajardo Coalición Colombia	22.178	19,76%	Gustavo Petro CH	13.673	12.68%
ES	Iván Duque CD	10.986	41,33%	Iván Duque CD	14.072	56.97%
	Sergio Fajardo Coalición Colombia	9.430	35,48%	Gustavo Petro CH	9.515	38.52%
VE	Iván Duque CD	22.221	64,05%	Iván Duque CD	27.519	83.31%
	Germán Vargas Mejor Vargas Lleras	6.065	17,48%	Gustavo Petro CH	5.307	16.06%

Fuente: elaboración propia con datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil (s. f.).

Al comparar los resultados desde la perspectiva de Vallès (1990) se evidencia que, a excepción de los resultados de Venezuela en el año 2014, el CD siempre ganó en los comicios. En este punto hay que recordar lo planteado por Piedrahita (2018) cuando afirma que dicho partido es el más exitoso en términos electorales en Colombia en los últimos años y esto se debe a ser el representante de los postulados del *uribismo*, algo que configura un dominio existente en aspectos relacionados con la política, la cultura y la identidad. En este sentido, el CD es el partido más relevante<sup>8</sup> (Sartori, 2012) en elecciones presidenciales, pues además de obtener el mayor número de votos, también es el único partido que está presente en las dos vueltas presidenciales en los años estudiados.

De acuerdo con Schembri (2015), los votantes en el país y en el extranjero han mantenido un apoyo al uribismo en todas las elecciones nacionales. El quiebre de esta tendencia ocurrió en el 2014, cuando los resultados favorecieron a Juan Manuel Santos. No obstante, en el extranjero se mantuvo la tendencia hacia el uribismo en ambas elecciones.<sup>9</sup> Respecto a los segundos lugares, se destaca que Gustavo Petro en 2018 no obtuvo resultados favorables en la primera vuelta (en Estados Unidos y España el segundo fue Fajardo y en Venezuela Vargas Lleras).

Por otro lado, al contrastar la participación de los colombianos, es decir, quiénes hacen uso del voto y quiénes no (Vallès, 1990), se evidencia una alta abstención. Para la primera vuelta de 2014 fue en total del 81,97%, en Estados Unidos del 81,96%, en España del 90,39% y en Venezuela del 83,57%. Y para la segunda vuelta la abstención total fue del 80,13%, en Estados Unidos 78,09%, en España 89,33% y en Venezuela fue de 81,68% (Registraduría Nacional del Estado Civil, s. f.). Para 2018 en la primera vuelta

<sup>8</sup> Para comprender el concepto de la relevancia de los partidos desde el análisis electoral, véase Piedrahita (2020).

<sup>9</sup> Es importante mencionar que en Estados Unidos ganó el no en el Plebiscito por la Paz, mientras que en España y en Venezuela ganó el sí.

la abstención total fue del 79,68%, en Estados Unidos 68,34%, España de 82,45% y en Venezuela del 88,48%. Y en la segunda, el total llegó al 81,14%, en Estados Unidos al 69,59%, en España 83,68% y en Venezuela al 89,09% (Registraduría Nacional del Estado Civil, s. f.).

Al cotejar la orientación en las preferencias partidarias (Vallès, 1990) se evidencia que el único partido político relevante es el CD, pues su candidato es el más votado en dos de tres países en 2014 y en todos en 2018. Además, de un periodo a otro el porcentaje de votos al CD aumentó considerablemente. En palabras de Sartori (2012), “la grandeza o la pequeñez de un partido se mide por su fuerza” (p. 161). Por ende, a nivel presidencial, el resto de los partidos o movimientos no tienen ninguna relevancia en las votaciones en el exterior en los años estudiados.

## 4.2. Legislativas

En la tabla 3 se presentan los resultados electorales de 2014 en la votación al Senado y a la Cámara de Representantes. En ella se evidencia que en Estados Unidos el CD es el partido más votado al Senado, pero en la Cámara es el MIRA. En España el MIRA es el partido más votado tanto a Senado como a Cámara, mientras que en Venezuela el Partido de la U es el más votado tanto a Senado como a Cámara.

Se observa entonces que en España y en Venezuela los colombianos votan simultáneamente e igual al Senado y a la Cámara. Es decir, le dan un voto al mismo partido en ambas corporaciones. Mientras que en Estados Unidos no sucede esto, porque el CD (que es el más votado al Senado) no presentó listas de candidatos para competir por la curul de los colombianos en el exterior, o sea a Cámara de Representantes.

**Tabla 3.** Resultados en consulados de elecciones legislativas, Colombia 2014.

País	SENADO			CÁMARA		
	Partido/Movimiento	Votos	Porcentaje	Partido/Movimiento	Votos	Porcentaje
US	Centro Democrático	4.161	39.37%	MIRA	2.194	23.44%
	MIRA	1.944	18.39%	Conservador	1.570	16.77%
ES	MIRA	4.246	53.52%	MIRA	4.458	56.71%
	Partido de la U.	531	6.69%	Partido de la U	548	6.97%
VE	Partido de la U.	2.660	19.62%	Partido de la U.	3.477	22.19%
	Centro Democrático	2.201	16.23%	Liberal	1.823	11.63%

Fuente: elaboración propia con datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil (s. f.).

En la tabla 4 se evidencia que para 2018 en esta elección (tanto en el Senado como en la Cámara) el CD es el más votado en Estados Unidos, y el segundo más votado en el Senado y en la Cámara en España. Por su parte, los colombianos en suelo español votaron mayoritariamente en Senado y Cámara por el MIRA. Mientras que en Venezuela votaron al Senado mayoritariamente por el Conservador y a Cámara por el Partido de la U.

**Tabla 4.** Resultados en consulados de elecciones legislativas, Colombia 2018.

País	SENADO			CÁMARA		
	Partido/Movimiento	Votos	Porcentaje	Partido/Movimiento	Votos	Porcentaje
US	Centro Democrático	19.093	56.34%	Centro Democrático	18.536	58.76%
	Alianza Verde	4.020	11.86%	MIRA	4.834	15.32%
ES	MIRA	4.819	39.91%	MIRA	4.892	45.24%
	Centro Democrático	2.055	17.02%	Centro Democrático	1.902	17.59%
VE	Conservador	7.454	28.81%	Partido de la U.	12.291	49.53%
	Partido de la U.	6.271	24.24%	Centro Democrático	3.427	13.81%

Fuente: elaboración propia con datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil (s. f.).

Respecto a la relevancia de los partidos hay que aclarar que en el año 2014 fueron dos las circunscripciones de Cámara que estuvieron en disputa para los colombianos en el exterior, y en el año 2018 se redujo la disputa electoral a solo una circunscripción. En ambos comicios no hubo cambios en los resultados y en la relevancia de los partidos. El CD siguió teniendo una hegemonía en Estados Unidos. Al examinar en este país el resultado al Senado en los años estudiados, se observa un incremento importante en el porcentaje de los votos. En esta misma línea, los resultados en Cámara entre 2014 y 2018 tuvieron una variación porcentual significativa, pasando del 23,44% en 2014 cuando el MIRA quedó en primer lugar, al 58,76% en 2018 con el CD como ganador.<sup>10</sup>

En España también fue relevante el MIRA, pues en las dos elecciones tuvo la mayor votación. Al comparar el porcentaje de los votos, se observa que hay una disminución de un período a otro en Senado y Cámara. Por ejemplo, en Venezuela en 2014 el Partido de la U fue el más relevante (ganó para Presidencia en ambas vueltas, en Senado y en Cámara), pero para 2018 esto cambió.

Al examinar el componente de la participación (Vallès, 1990) se evidencia, al igual que en la presidencial, una alta abstención de los colombianos. Para el Senado en 2014 el total fue de 91,4%, en Estados Unidos de 94,47%, en España de 90,49% y en Venezuela de 92,31%. Para la circunscripción internacional de Cámara, el total de abstención fue del 91,54%, en Estados Unidos de 95,1%, en España de 90,58% y en Venezuela de 91,11%. Para 2018 se mantiene esta tendencia, el total fue del 90,15%, en Estados Unidos de 87,49%, en España de 90,6% y en Venezuela de 89,96%. Y en Cámara el total llegó a 90,38%, en Estados Unidos de 87,63%, en España de 91,01% y en Venezuela de 90,12%.

De otra parte, las preferencias partidistas estuvieron marcadas por estabilidades e inestabilidades (Vallès, 1990). En Estados Unidos los colombianos prefirieron al Centro Democrático en todos los cargos de elección popular. De un periodo a otro, tanto en Presidencia como en Congreso, el número total de votos y el porcentaje de votos aumentan considerablemente. En España, el partido predominante fue el MIRA mientras que en Venezuela se presentaron variaciones de una elección a otra.

<sup>10</sup> En 2014, la curul de los colombianos en el exterior quedó en manos de Ana Paola Agudelo García del MIRA y de Jaime Buenahora Febres del Partido de la U. Para 2018, cuando solo se disputó una curul, quedó en manos de Juan David Vélez Trujillo por el CD.

### 4.3. Análisis a partir de los modelos propuestos

**1. Modelo de decisión racional:** a partir de este se pueden explicar los comportamientos políticos de los colombianos en el exterior, específicamente algunas tendencias a la abstención. Una de las premisas básicas del modelo es que “el ciudadano vota X porque estima que las posiciones de X (en materia económica, social, de defensa, etc.) son las más beneficiosas-menos dañosas para su propia posición” (Vallès, 1990, p. 196). Agrega el autor que este modelo es:

Un esquema con raíces en el utilitarismo clásico, revitalizado por el sesgo ‘economista’ de un sector importante de la teoría política contemporánea (neoliberalismo, *public choice*, decisión colectiva). Puede ser calificado de modelo de inspiración económica o, al menos, de un determinado concepto del comportamiento económico (p. 196).

En este orden de ideas, la abstención electoral de los colombianos se interpreta como una decisión racional, al no encontrar un beneficio o logro tangible a la hora de participar en las votaciones, por ende, lo “irracional” sería participar en el proceso electoral. Esta posición se puede entender desde los siguientes aspectos: primero, la lejanía del país que genera un efecto de desinterés en los temas políticos y una ausencia de la representación. Así, el resultado del cálculo costo-beneficio es negativo, pues no hay ningún tipo de incentivo para la participación. Según Nohlen (2004) esto genera un menosprecio por las elecciones, al considerarlas poco eficaces para la toma de decisiones.

Un segundo aspecto tiene que ver con lo intangible que pueden resultar los beneficios burocráticos o clientelistas. Aquí otra vez la ausencia de motivaciones para votar hace que el ciudadano no identifique ningún tipo de beneficio. Tercero, tampoco existen incentivos para votar, como aquellos establecidos en la Ley 403 (Congreso de la República, 1997),<sup>11</sup> pues el ciudadano en el exterior no los ve como estímulos o que tengan efectos en su vida cotidiana en otro país. Y cuarto, de acuerdo con la investigación de González (2010) los colombianos en el exterior no encuentran utilidad en la circunscripción especial para los migrantes y no conocen al representante como para lograr una movilización hacia las urnas.

**2. Modelo de afinidad partidaria e identificación ideológica:** este parte de la idea de que “cuando el elector vota lo hace actualizando esta predisposición adquirida y, al mismo tiempo, refuerza su identidad”(Vallès, 1990, p. 197). En este sentido, cobra relevancia el trabajo de González (2010) cuando evidencia la débil participación electoral, el desinterés con respecto al proceso político y la relación distante con las instituciones políticas.<sup>12</sup> Así, se infiere que la abstención en el exterior en el período estudiado es de esperarse, toda vez que la misma tendencia abstencionista ocurre en el territorio nacional. Es decir, si la tasa de abstención en Colombia ha sido constante a lo largo de

<sup>11</sup> Rebaja en las matrículas de la universidad, media jornada laboral de descanso, rebajas temporales a la prestación del servicio militar obligatorio, entre otras.

<sup>12</sup> Este trabajo toma datos hasta las elecciones del 2006.

su historia, esta práctica política termina siendo una predisposición adquirida de los colombianos en el exterior.

Por otro lado, sobre este modelo teórico Vallès (1990) afirma que cuando una persona vota lo hace para reafirmar su identidad o su tendencia ya establecida hacia una ideología en particular o hacia un partido político. Al respecto, Escobar y Jaime (2013) afirman que hay una diferencia importante entre un modelo de tipo bipartidista con los modelos multipartidistas, pues en los segundos las identificaciones partidistas no tienen tanta relevancia como sí la tienen las identificaciones ideológicas de derecha e izquierda. Para el caso del apoyo al uribismo en Estados Unidos, los preceptos del modelo se ajustarían más a una perspectiva desde la ideología y no tanto del partido. Por ejemplo, en Estados Unidos se evidenció que mientras el expresidente Álvaro Uribe todavía se asociaba al Partido de la U, los colombianos lo apoyaban, pero desde las elecciones de 2014, cuando Uribe ya había formado su nuevo partido, la U perdió relevancia en este país y el CD comenzó a ganar protagonismo. Es decir, el comportamiento político de los colombianos en este país no está asociado a un partido político, sino al uribismo y su dominio existente (Piedrahita, 2018).

En el caso de España es notorio que el MIRA es el partido más relevante. No solamente en el período que se abordó, sino desde elecciones atrás (Schembri, 2015). En este punto cobra importancia lo afirmado por Escobar y Jaime (2013): los votantes no eligen por preferencias alrededor de políticas públicas concretas o temas particulares, sino que votan por el partido con el que sienten identificación, sin importarles mucho las políticas que pretendan defender o llevar a los cargos de representación.

A pesar de que el MIRA no apoyó a Santos en el 2014, porque les dio libertad a sus militantes, sí participó en los temas del proceso de paz, incluso apoyó de frente el sí en el Plebiscito con un comité promotor propio (por eso no es extraño que el sí haya ganado en España). En este país, en el 2018 el partido más relevante siguió siendo el MIRA, el cual después apoyó la coalición de derechas (que estaba en contra del Acuerdo) y logró la mayor votación presidencial.

**3. Modelo de determinación sociohistórica:** de acuerdo con Vallès (1990) en este modelo el voto se entiende como un acto colectivo y no tanto como una preferencia individual, ya que la decisión electoral está determinada por características sociohistóricas como la clase, la religión, la etnia, la lengua, etc. En esta misma línea se encuentra Escobar y Jaime (2013) cuando afirman que “el voto está determinado por la posición del votante en la estructura social y los grupos con características sociales similares deben tener un comportamiento electoral relativamente homogéneo” (p. 5).<sup>13</sup>

Este tercer modelo puede ser contrario al anterior, por lo cual resulta necesario delimitar el contexto político específico de la elección. Así entonces, desde el segundo modelo se afirma que los colombianos votaron por sus afinidades ya adquiridas en su país de origen, pero desde el tercer modelo se explica a partir de la estructura social del país que los recibe o de la ubicación en la estructura social que ellos tengan en un

<sup>13</sup> Lo cual no pasa por ejemplo en Venezuela, donde hay una variación de los datos en cada elección. Caso contrario a lo que ocurre en Estados Unidos y en España, donde sí parece existir una homogeneidad en los comportamientos.

determinado país receptor. No obstante, al usar la determinación sociohistórica sería necesario incluir datos que sobrepasan la información recolectada para este trabajo, como por ejemplo la razón por la que migraron al país: conflicto, trabajo, estudio, etc. y también se necesitarían datos sobre la abstención electoral en los países receptores.

## 5. Conclusiones

En este artículo se analizó desde un método comparado la participación electoral de colombianos en Estados Unidos, España y Venezuela en 2014 y 2018. Se evidenció que al igual que en el territorio nacional, la abstención es uno de los principales comportamientos políticos. Siguiendo los modelos de análisis de Vallès (1990) también se identificaron otros comportamientos asociados a la ideología y el particular apoyo de los colombianos en el exterior al uribismo.

Sin embargo, la investigación presentó varias limitaciones, como la imposibilidad de obtener datos desagregados por países y la ausencia de encuestas de opinión política a migrantes, elementos que se convierten en vacíos académicos que dan oportunidades para futuras investigaciones.

Finalmente, se concluye que las tendencias políticas de los colombianos en estos tres países se encuentran en partidos políticos de centro derecha. Es evidente el apoyo al partido CD y en general al uribismo como forma particular de interpretación social, política y jurídica. Asimismo, que las tendencias políticas y resultados en el exterior siguen las mismas líneas discursivas desarrolladas en territorio nacional. Esto es muy claro, sobre todo en el caso de la elección del expresidente Santos y su política de paz.

## 6. Referencias

- Araujo, L. (2010). Estado y voto migrante: Una radiografía de la Región Andina. *Boletín Andina Migrante*, (7), 2-10.
- Bermúdez, A. (2011). La integración política de los migrantes latinoamericanos en Andalucía, Madrid y Cataluña. En *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 1149-1158). Granada: Instituto de Migraciones.
- Bermúdez, A. (2014). El vínculo de los Estados con sus ciudadanos en el exterior: El caso de los migrantes colombianos en Europa. *Revista electrónica editada por la Asociación Española de Americanistas*, (13), 1-20. Recuperado de <https://revistas.um.es/navegamerica/article/view/209231>
- Bermúdez, A. y Escrivá, Á. (2015-2016). La participación política de los inmigrantes en España: elecciones, representación y otros espacios. *Anuario CIDOB de la Inmigración*.
- Bermúdez, A., Lafleur, J.-M. y Escrivá, Á. (2017). Contribuyendo a la democracia en países de origen: El voto externo de los migrantes Andinos. *América Latina Hoy*, 76, 35-54.



- Colombia. Cancillería. (2018). *Censo Electoral: Colombianos habilitados para votar en los puestos y mesas de votación fuera del país*. Recuperado de <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/819398-connacionales-estan-habilitados-votar-exterior>
- Colombia. Congreso de la República. (1997). Ley 403 de 1997. Por la cual se establecen estímulos para los sufragantes. Bogotá: Diario Oficial No. 43.152 de agosto 28 de 1997. Recuperado de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%20403%20de%2027%20agosto%20de%201997.pdf>
- Escobar, M. y Jaime, A. M. (2013). Métodos de imputación múltiple para predecir resultados electorales. En A. Mendoza Velásquez (Ed.), *Aplicaciones en Economía y Ciencias Sociales con Stata*. Stata Press.
- Franco-Cuervo, A. B. (2018). *Elecciones y sistemas electorales en Colombia 1810-2014*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- González, O. L. (2010). El voto de los colombianos en el exterior: Elecciones entre disfuncionamientos y rebusque. *Ciencia Política*, (9), 62-77.
- Navarro, C. (2016). *Estudios Electorales en Perspectiva Internacional Comparada. El Voto en el Extranjero en 18 países de América Latina*. México D.F.: Instituto Nacional Electoral Coordinación de Asuntos Internacionales. Recuperado de <https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Electoral%20Systems%20and%20Processes/Voto%20en%20el%20Extranjero%20en%2018%20Pa%C3%ADses%20de%20Am%C3%A9rica%20Latina.pdf>
- Nohlen, D. (2004). La participación electoral como objeto de estudio. *Elecciones*, 3, 137-157.
- Piedrahita, P. (2018). El dominio existente: éxito electoral del Centro Democrático en Antioquia 2018. En K. Wasemann (Ed.), *Nuevas campañas electorales en América Latina* (pp. 135-146). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Piedrahita, P. (2020). Relevancia electoral en Antioquia: Tendencias y cambios políticos 2015-2019. En F. Barrero y E. Richard (Eds.), *Elecciones subnacionales 2019: Una redefinición de los partidos y de sus campañas electorales* (pp. 415-452). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado de <https://www.kas.de/documents/287914/0/Libro+elecciones+2019+-BAJA+2.pdf/9849cb45-ce82-9eee-e7ca-bc6f8dc0806e?t=1599657713260>
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (s. f.). *Histórico de Resultados*. Registraduría Nacional del Estado Civil. Recuperado de <https://www.registraduria.gov.co>
- Restrepo, N. (2008). Colombia: Representación de los emigrantes en el Congreso. En *Voto en el extranjero: El manual de IDEA Internacional* (pp.87-92). México D.F.: Instituto Federal Electoral de México. Recuperado de <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/voto-en-el-extranjero-el-manual-de-idea-internacional.pdf>
- Sánchez, L. (1964). La política como proceso de comportamiento humano. *Revista de estudios políticos*, (137), 157-170.
- Sartori, G. (2012). *Partidos y sistemas de partidos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Schembri, R. (2015). *El voto de los migrantes*. Bogotá: Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales. Recuperado de <https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/voto-migrantes.pdf>

Umpierrez, S., Mánzur, P., Campos-Herrera, G. y Ríos, I. (2018). Plebiscito de la paz: participación electoral de los migrantes colombianos en Guayaquil (Ecuador). *Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, 26(54), 189-211.

Vallès, J. M. (1990). Proceso electoral, comportamiento electoral y sistema político. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (5), 189-199.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

---

# Análisis de la materialización de las sentencias de restitución de tierras en la ciudad de Montería<sup>1</sup>

*Analysis of the materialization of the land restitution judgments in the city of Montería*

Daniela María Orozco Poveda<sup>2</sup>  
Mariam Margarita Castaño Maza<sup>3</sup>  
María Paulina Cogollo Anaya<sup>4</sup>

**Cómo citar este artículo:** Orozco Poveda, D.M., Castaño Maza M.M. y Cogollo Anaya M.P. (2020). Análisis de la materialización de las sentencias de restitución de tierras en la ciudad de Montería. *Nuevo Derecho*; 16(27): 1-14

*Recibido/18/06/2020 – Aceptado/01/09/2020. Publicado: 01/06/2021*

## Resumen

La tierra ha sido un punto problemático dentro del conflicto armado interno en Colombia por la ausencia de títulos de propiedad y el informal manejo de las zonas rurales, sumado al tema de la concentración de la tierra. Así, la Ley 1448 de 2011 ha considerado la reparación integral de quienes fueron reconocidos como víctimas desde un enfoque centrado en su retorno al territorio despojado.

En el presente analizaremos la materialización de los fallos proferidos a partir de la Ley de restitución de tierras y su aplicación en Montería, tomando como comunidad representativa el corregimiento de Cedro Cocido.

**Palabras Claves:** Restitución de tierras, desplazamiento forzado, despojo, reparación integral, sentencias.

---

<sup>1</sup>El presente artículo es el resultado del proyecto de investigación titulado “Análisis de la materialización de los fallos proferidos en la ciudad de Montería en Restitución de Tierras a partir de la Ley 1448 de 2011” ejecutado por el equipo de investigación Fuerza Normativa, semillero adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería y radicado por el Centro de Investigación para el Desarrollo e Innovación –CIDI– de esta misma Universidad.

<sup>2</sup> Abogada, Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería. Magister en Derecho, Universidad de Medellín. Estudiante de Doctorado en Estudios Políticos y Jurídicos de la Universidad Pontificia Bolivariana Sede Medellín. Docente investigador del Grupo COEDU de la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería. ORCID ID | ResearchGate | Google Scholar Correo electrónico: daniela.ozcop@upb.edu.co

<sup>3</sup> Estudiante de Derecho en Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería. Correo electrónico: mariamcastanomaza@gmail.com

<sup>4</sup> Estudiante de Derecho en Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería. Correo electrónico: paulinacogollo@outlook.es

# Normograma de la regla de la carga de la prueba en el proceso judicial colombiano: constitucionalización de la carga de la prueba<sup>1</sup>

*Normogram of the burden of proof rule in the Colombian judicial process:  
Constitutionalization of the burden of proof*

María Victoria Santana Londoño<sup>2</sup>  
José Ángel Giraldo Ríos<sup>3</sup>  
Delio David Arango Navarro<sup>4</sup>

*Recibido: 26/01/2021 – Aceptado: 04/03/2021 – Publicado: 01/06/2021*

**Cómo citar este artículo:** Santana Londoño, M.V.; Giraldo Ríos, J.A.; Arango Navarro, D.D. (2020). Normograma de la regla de la carga de la prueba en el proceso judicial colombiano: constitucionalización de la carga de la prueba. *Nuevo Derecho*; 17(28): 1-11. <https://doi.org/>

## Resumen

En este artículo de investigación se presentan, en primer lugar, evolución teórica de la regla de la carga de la prueba. En segundo lugar, se hace un breve análisis sobre el alcance de la carga de la prueba, a propósito de la tendencia que ha tenido el Consejo de Estado, en la que se evidencia un retroceso o una variación en torno a problemáticas relacionadas con la responsabilidad del Estado por falla médica. Finalmente, se presenta la metodología se tuvo en cuenta en la elaboración del normograma como herramienta pedagógica, más allá de su carácter eminentemente técnico. Se ofrece esta herramienta como una guía para docentes, estudiantes y abogados litigantes interesados en la constitucionalización de la carga dinámica de la prueba y sus implicaciones para la garantía de derechos como el debido proceso, la igualdad y la administración eficaz de justicia. Para el desarrollo de esta herramienta se utiliza el método de análisis de datos y fuentes documentales como sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y elaboraciones conceptuales de autores como Joan Picó i Junoy, Xavier Abel

<sup>1</sup> Artículo de reflexión producto del proyecto de investigación titulado Normograma de la carga dinámica de la prueba en el proceso administrativo colombiano, desarrollado en el marco de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, sede Medellín.

<sup>2</sup> Doctora en Filosofía de la upb, Medellín, magíster en Filosofía de la misma universidad, magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás, especialista en Docencia por Competencias del ciesi (Centro Internacional de Estudios Interdisciplinarios). Docente de tiempo completo de la Institución Universitaria de Envigado (iue), coordinadora de los posgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la iue. Correo: [mvsantana@correo.iue.edu.co](mailto:mvsantana@correo.iue.edu.co); [maria.santana@upb.edu.co](mailto:maria.santana@upb.edu.co). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6360-9460>.

<sup>3</sup> Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, sede Medellín, director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Aguadas, Caldas. Correo: [hj5giraldo@hotmail.com](mailto:hj5giraldo@hotmail.com).

<sup>4</sup> Magíster en Filosofía, especialista en Filosofía de la upb, sede Medellín. Docente de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y de la Dirección de Educación y Humanidades de la Corporación Universitaria Remington. Correo: [delio.arango@uniremington.edu.co](mailto:delio.arango@uniremington.edu.co). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0012-7143>.

Lluch y Manuel Serra Domínguez, que establecen aspectos relevantes con relación a la carga de la prueba. Desde esta perspectiva, se logra evidenciar que lo que en principio se denominaba carga estática de la prueba fue avanzando gradualmente hacia una concepción más garantista para el afectado, siempre que el juez utilice la distribución de la carga dinámica de la prueba y busque la efectividad de principios como la solidaridad, la lealtad, la buena fe procesal y la igualdad de las partes, con el objeto de que la prueba la aporte quien esté en mejores condiciones de allegarla al proceso. Desde el punto de vista metodológico, el instrumento del normograma proporciona información relevante que ayuda a fomentar el análisis y la capacidad de búsqueda en el tema de la constitucionalización de la carga dinámica de la prueba.

**Palabras clave:** normograma, constitucionalización, carga de la prueba, carga estática de la prueba, inversión de la carga de la prueba, carga dinámica de la prueba

### **Abstract**

This research paper presents, first, theoretical evolution of the burden of proof rule. Secondly, a brief analysis is made of the scope of the burden of proof, with reference to the trend of the Council of State, in which there is evidence of a regression or variation around problems related to the responsibility of the State for medical failure. Finally, the methodology was taken into account in the elaboration of the normograma as a pedagogical tool, beyond its eminently technical nature. This tool is offered as a guide for teachers, students and litigators interested in the constitutionalization of the dynamic burden of proof and its implications for the guarantee of rights such as due process, equality and the effective administration of justice. For the development of this tool is used the method of data analysis and documentary sources such as judgments of the Council of State and the Constitutional Court, and conceptual elaborations of authors such as Joan Picó i Junoy, Xavier Abel Lluch and Manuel Serra Domínguez, which establish aspects relevant to the burden of proof. From this perspective, it is evident that what was initially called the static burden of proof was gradually moving towards a more guarantor concept for the affected, provided that the judge uses the distribution of the dynamic burden of proof and seeks the effectiveness of principles such as solidarity, loyalty, procedural good faith and equality of the parties, so that the proof is provided by those who are in the best position to associate it with the process. From a methodological point of view, the normogram instrument provides relevant information that helps to foster analysis and search capacity on the subject of the constitutionalization of the dynamic burden of proof.

**Keywords:** Normogram, constitutionalisation, test load, static test load, test load inversion, dynamic test load

## 1. Introducción

A través del tiempo se han desarrollado importantes producciones normativas y jurisprudenciales acerca de la carga de la prueba (las propuestas por la sección tercera del Consejo de Estado, por ejemplo), además de diversos enunciados normativos que han planteado una tendencia a considerar que la carga de la prueba le corresponde a quien se encuentra en mejores condiciones probatorias, porque es quien posee la prueba, es la parte comprometida en la litis, es la conocedora directa de los hechos (Taruffo, 2009).

En este sentido, el desarrollo del presente artículo atiende, en primer lugar, al abordaje histórico de la regla de la carga de la prueba, para con ello tratar de sintetizar, de reunir y registrar la normatividad sobre la cual se generan consultas jurídicas con relación a esta regla. En segundo lugar, se realizará el análisis de algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, sobre los que se pretende condensar enunciados que evidencian la importante labor del operador jurídico en la aplicación de esta regla como garante de los derechos fundamentales en diferentes ámbitos del contexto social. En tercer lugar, metodológicamente, se utilizará Excel como herramienta que ofrece la posibilidad de un acceso expedito a un gran catálogo de normas que comprende el fenómeno jurídico de la carga de la prueba, todo ello mediante un vistazo rápido a la información contenida en la hoja de cálculo.

Queda así un material para confrontar, en primer término, el grado de comprensión de esta figura jurídica y, en segundo término, para despejar dudas sobre su forma de aplicación más correcta en el ejercicio jurídico, tanto para el operador jurídico como para el jurista, el administrador público, el docente o el estudiante.

Con este propósito, se presenta el siguiente normograma en el que de manera sumaria, clara y concentrada se puede abreviar la consulta jurídica en un archivo de Excel que relaciona los aspectos más relevantes de la carga de la prueba, entre ellos su desarrollo en distintas áreas del derecho, su evolución en el tiempo y la forma como ha sido consignada, emitida o modificada en casos concretos.

Al margen de lo estrictamente jurídico, el normograma es una herramienta cuyo uso está cada vez más extendido en las organizaciones e instituciones, ello en aras de que sus procesos y procedimientos descansen sobre la normatividad vigente al respecto en un formato ágil y de fácil consulta. Por tanto, conviene distinguir la importancia de este trabajo y su relevancia en el ámbito del derecho, siguiendo las tendencias modernas de síntesis, fácil acceso y condensación del material bibliográfico de una manera muy didáctica, práctica y útil, por lo que, para tal efecto, podrá visualizarse en los diversos campos del derecho (penal, laboral, administrativo, civil).

En las siguientes páginas se encontrará la metodología mencionada y se terminará con un anexo de un archivo de Excel que contiene una cubierta por la que, a través de un solo vistazo, se podrá entender todo lo relacionado con la aplicación de la carga de la prueba. De esta forma se logra un significativo aporte a la ciencia jurídica en virtud de la condensación rápida y ágil del normograma.

## 2. Evolución teórica de la regla de la carga de la prueba

La construcción dogmática de la carga dinámica de la prueba ha sido introducida por los doctrinantes del derecho. Autores como Picó i Junoy y Lluch (2020) señalan que el origen y la condición de esta regla vienen dados por la formulación de la pregunta sobre a quién le correspondería probar en un proceso. Las partes son quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba, pues, como apunta Rosemberg (1955), el problema de la aplicación de la carga de la prueba solo se hace manifiesto cuando la prueba no se ha producido; y, desde una perspectiva más amplia, no le sobra razón a Serra Domínguez (1984) al sostener que las reglas sobre la carga de la prueba presentan no solamente el fracaso de las partes cuando no prueban los hechos alegados en su demanda, sino también el fracaso en el proceso como tal.

Priori Posada y Pérez Prieto de las Casas (2012) señalan que el enunciado normativo de la carga de la prueba se define como:

Una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables (p. 335).

Esta perspectiva presenta una misma línea en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), en la que se define que la carga de la prueba, en general, constituye una premisa fundamental para demostrar la culpabilidad y, en ese orden de ideas, corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal, demostrar la realidad de los hechos. La concordancia práctica, en este sentido, identifica que las partes tendrán igualdad procesal en los momentos de la defensa y la acusación.

El Código de Procedimiento Civil colombiano define en su artículo 177 que incumbe, en definitiva, probar a las partes el supuesto de hecho de las normas que vinculan el efecto jurídico que ellas persiguen (Presidencia de la República, 1970). Además, ofrece una respuesta plausible referente a que los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no necesitan probarse. La Corte Constitucional (1993) en Sentencia C-070 establece en unidad que las reglas del *onus probandi* o carga probatoria consagradas en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil deben entenderse como el contenido o la obligación que le asiste al demandante de probar un hecho. Por su parte, la doctrina reconoce tres principios jurídicos fundamentales que deben intervenir en esta regla como condición básica de su aplicación. El primero corresponde al *onus probandi incumbit actori*, situación que significa que es al demandante al que en principio le corresponde probar los hechos en que funda su acción. El segundo se refiere al *reus, in excipiendo, fit actor*, que le adjudica al demandado, cuando excepciona y funge de actor, la tarea de probar los hechos en que fundamenta su defensa. Según el tercer principio: *actore non probante, reus absolvitur*, quien tiene la calidad de demandado

debe ser absuelto de los cargos cuando el demandante no haya ofrecido la prueba de los hechos fundamento de su acción.

En armonía con estas concepciones existe una importante compilación jurisprudencial sobre la tesis básica de la carga de la prueba en materia de derecho procesal del trabajo, de acuerdo con el desarrollo contenido en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia (2000-2008), en las que se especifica el fin supremo del Código de Procedimiento Civil. Así, por ejemplo, se reconoció que una parte se tiene por confesa —lo que en general presupone la idea de desplazar o trasladar la carga de la prueba— cuando le corresponde contestar alegatos o preguntas de su contraparte y no lo hace, sea porque algo lo lleva a negarse o porque no acude al acto a probar el hecho fáctico que lo favorece.

Del mismo modo, otras posiciones se han reivindicado en materia laboral con respecto a la carga de la prueba y con relación al fenómeno de la cosa juzgada. Por ejemplo, en todos los casos resulta obligatorio para la parte demandada, cuando alega determinado hecho en su contestación, demostrar su veracidad y, asimismo, debe desvirtuar la presunción de laboralidad, cuando esta es alegada por el demandante.

### **3. Alcance de la carga de la prueba: a propósito de la tendencia que ha seguido el Consejo de Estado**

Este segundo punto de análisis se refiere a algunos conceptos y decisiones del Consejo de Estado. La aplicación o tendencia que ha tenido la carga de la prueba a través de algunos pronunciamientos en cabeza de la sección tercera del Consejo de Estado ha evidenciado variaciones en torno al fenómeno de la responsabilidad del Estado por falla médica. Esta sección del alto tribunal ha esbozado ciertas conjeturas respecto a la dirección que debe atribuírsele al manejo de la carga de la prueba en casos concretos. Esto lleva a precisar algunos supuestos que se pretenden develar durante la ejecución de este trabajo, en especial en lo relacionado a la distribución de la carga de la prueba. Es importante anotar que, con relación al tema de la responsabilidad del Estado por falla médica, esta corporación ha reiterado que se trataba de un asunto que debía resolverse como falla del servicio probada, porque las obligaciones asumidas por el prestador del servicio correspondían a una cuestión de medio y no de resultado. Este criterio fue reformado posteriormente por el Consejo de Estado (2011), que al respecto expresó:

Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargo que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una



institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios. Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan (Consejo de Estado, radicado 18793, 2011).

En igual sentido, el Consejo de Estado (radicado 11878, 2000) estableció que, si bien la carga de probar tiene su origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas, no cuenta con un apoyo procesal legal para su aplicación, pero encuentra su sustento en los principios constitucionales de equidad y solidaridad y en el derecho de defensa, aunque estos hayan sido planteados en términos tan poco definitivos que en muchas ocasiones han puesto en peligro su propio fundamento constitucional.

Referida a este contexto, la relación entre los casos de daño causado como producto de la prestación de un servicio médico fue tornándose cada vez más frecuente, hasta tomar significativa importancia la teoría de la falla del servicio presunta, por la que se le traslada a las entidades públicas la obligación de señalar o demostrar que el servicio que se prestó se hizo apropiadamente, para poder ser absueltas de toda responsabilidad. Adviértase que no en todas las circunstancias que rodean un caso de prestación de un servicio médico puede sostenerse que la responsabilidad recae sobre la entidad pública, pues el caso concreto debe ser analizado teniendo en cuenta que todo servicio médico se rodea de implicaciones técnicas y científicas distintas que se han de considerar para establecer si hay o no responsabilidad de la entidad prestadora del servicio. Naturalmente, también es posible que sucedan situaciones en las que sea el afectado quien se encuentra en mejor posición de probar la ocurrencia de los hechos que rodean el caso que originó la controversia.

En realidad, aquí puede materializarse la regla dinámica de la carga de la prueba, pues su aplicación cobra vigencia cuando es sabido que —ante la imposibilidad que tiene el paciente de probar situaciones que no están a su alcance por la especialidad técnica y científica que envuelve la actividad médica ante una presunta falla del servicio— debe sin lugar a equívocos trasladarse el deber probatorio. Al llegar a este punto, le corresponde al operador jurídico establecer los instrumentos que le permitan determinar en el caso concreto en cabeza de quién está la responsabilidad o el deber de probar los hechos, esto es, a quién le es más favorable llevar al operador jurídico a la certeza de si hubo o no falla en el servicio médico. Pero en contraposición a esto, se ha cumplido lo que en reiteradas ocasiones ha expresado la sección tercera del Consejo de Estado (2004) respecto a que “la demostración de la falla en la prestación del servicio médico será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva” (expdte. 14696). De tal forma que, en consideración a lo anterior, solo excepcionalmente se traslada el deber probatorio en los casos en que al actor le sea más que imposible asumir la carga de la prueba.

De acuerdo con lo manifestado por el Consejo de Estado en el radicado 14696 (2004), la carga dinámica de la prueba se constituye como un régimen que ha ido evolucionando a partir de los procesos derivados de la falla probada del servicio. A partir de allí empezó la deliberación y decisión por parte del Consejo de Estado en la que se promovió la figura de la presunción de falla del servicio y la carga dinámica de la prueba con relación a las fallas médicas. Como es bien sabido, esta posición se fue consolidando en la Sala, cuyas decisiones adquirieron carácter vinculante en todos los casos de responsabilidad por la prestación del servicio de salud y, a partir de esta posición, se atribuyó como título de imputación *la falla probada del servicio*. El problema principal en esta modalidad de responsabilidad consistió años atrás en que a la parte que le correspondía probar era al demandado, fundamentada en la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio *iura novit curia*, descargando un mayor peso a la víctima, que además de haber sufrido el menoscabo del derecho o el daño le correspondía aportar una prueba, que a juicio de cualquier intérprete del derecho resultaría en la negación de las pretensiones. Bajo este panorama, por ejemplo, ocurrió el caso estudiado y fallado por el Consejo de Estado (2006, radicado 15772) con relación a la regla de la carga dinámica de la prueba en la que la Sala debió haber aplicado la presunción de falla del servicio y de manera equívoca se volvió al régimen general de falla probada del servicio, argumentando que en el ámbito médico se debía tener en cuenta el alto grado de complejidad y la dificultad que se le iba a presentar a las entidades públicas al probar, por la infinidad de casos que atienden y por el tiempo que transcurría desde la ocurrencia de los hechos hasta el momento en el cual enfrentaban un proceso judicial.

Indiscutiblemente las posiciones en el Consejo de Estado no fueron muy democráticas para la época y, por ello, se presentaron algunas aclaraciones de voto entre las que encontramos la del consejero Enrique Gil Botero que expresó que la regla de la carga dinámica de la prueba necesitaba de una regulación legal expresa, a fin de no dejarla en manos del operador, toda vez que esto genera no solo retrocesos en la misma línea jurisprudencial de este tribunal, sino también el estropeo a las garantías de las víctimas (Consejo de Estado, radicado 01357, 2011). Así mismo, argumentó el consejero Gil que la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que generar vuelcos argumentativos como los que se presentaron y se venían presentando con antelación a esta providencia. En el mismo expediente, explicó el consejero Gil: “En la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C.”. Lo cual quiere decir que el indicio al que se hace referencia le es inherente una falla presunta, y esa teoría debe ser aplicable a cualquier tipo de procedimiento médico.

Así mismo, los enfoques y análisis de otros consejeros (en sus aclaraciones de voto) han sido contrarios a los argumentos ofrecidos por el Consejo. Por ejemplo, se tiene el fundamento que expone que el régimen de la carga dinámica no tiene por sí misma una capacidad plena para concretar el contenido o la obligación probatoria de una y otra parte, pues tal y como lo dijo el Consejo de Estado (radicado 6897, 1992) no todas las circunstancias o hechos concretos son iguales para determinar si las instituciones públicas en ejercicio de sus funciones obraron de forma debida o no, porque todos los casos en sí

mismos tienen implicaciones técnicas y científicas distintas. Situación que cambia la carga de la argumentación en estos casos, pues deberá valorarse en la circunstancia concreta si hay implicaciones técnicas o científicas. Así, al definir la situación en la que es el paciente quien deberá probar por estar en mejor estado para demostrar los hechos o la actuación de la entidad que lo afectó, se genera el dinamismo de distribuir las cargas, cuyo objetivo no debe ser otro que establecer razonablemente, en atención al criterio de favorabilidad, la posición de cada parte respecto de la tarea de aportar la prueba, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigue.

De este modo, el único sentido que puede tener la aplicación de la regla dinámica de la carga de la prueba es constituirse como un vehículo o fundamento del deber de lealtad que le es atribuible a las partes en el proceso, el cual busca favorecer la realización de un derecho que haya sido afectado. En consecuencia, ambas partes están obligadas a ser solidarias y suministrar todos los medios de los cuales dispongan para acreditar la veracidad de los hechos, independientemente de que de ello se siga la afectación de sus propios intereses. En definitiva, si se tuviera claridad sobre esta obligación (lealtad), no se haría necesario modificar las reglas probatorias taxativas que hay en la ley para que la estabilidad y aplicación de esta regla sea efectiva frente a lo que se persigue en el proceso. La razón es que todas las consecuencias que se derivan de la violación de ese deber de lealtad de las partes serán verificadas y materializadas por el juez, único capaz de deducir los indicios de una conducta procesal.

#### 4. Metodología

Tal como se indicó en líneas anteriores, la investigación valora el normograma como herramienta pedagógica más allá de su carácter eminentemente técnico. Esta dimensión instrumental del normograma la señala el Ministerio de Justicia (2015) al indicar que “el normograma es una herramienta que permite a las entidades públicas y privadas delimitar las normas que regulan sus actuaciones en desarrollo con [sic] su objeto misional” (p. 3); además, un normograma, tal como lo señala su nombre, contiene “las normas externas como leyes, decretos, acuerdos, circulares, resoluciones que afectan la gestión de la entidad y las normas internas como reglamentos, estatutos, manuales” (p. 3).

Por su parte, el Sanatorio de Contratación (s.f.) expresa que el normograma “es un instrumento que contiene las normas de carácter constitucional, legal, reglamentario y de autorregulación, que son de interés para la entidad y que permiten identificar las competencias, responsabilidades y funciones de cada una de las dependencias” (párr. 1). Pero la herramienta desborda esta función de inventariar, pues ofrece interesantes posibilidades en términos de almacenamiento, organización y recuperación de información relevante de naturaleza jurídica. En Colombia, este instrumento resulta particularmente útil habida cuenta de una cierta hipertrofia normativa que genera una emisión constante de normas que, como es de suponerse, también acelera la producción jurisprudencial y doctrinal. En estas circunstancias, un instrumento como el normograma permitiría una gestión de la información más expedita y ágil. Además, la elaboración de

la herramienta involucra la aplicación de competencias documentales, de investigación, taxonómicas, analíticas, entre otras.



En el caso de esta investigación, la construcción del normograma respondió a los siguientes criterios:

El trasfondo del proyecto supera la mera construcción de un repositorio, pues el *thelos* es la constitucionalización del derecho. Esta finalidad exigía seleccionar un tema con el calado suficiente para comprometer principios jurídicos de amplio espectro. En este orden de ideas, un tema como la carga de la prueba cumple con este criterio de *iusfundamentalidad*.

Como es apenas de esperar, el tema debía tener un amplio desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, de tal manera que el normograma que se generara tuviera robustez y exigiera una búsqueda amplia de información relevante. Efectivamente, la carga de la prueba ha sido objeto de abundante tratamiento, lo que se vio reflejado en el trabajo de búsqueda que llevó a seleccionar un total de 205 documentos (normas y jurisprudencia).

La información para el normograma se adelantó haciendo uso de criterios de búsqueda como: carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, inversión de la carga de la prueba, derecho procesal. Los documentos se recuperaron de las páginas institucionales del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y de la Secretaría del Senado de la República.

Una vez recolectada y seleccionada la información, se procedió al diseño de la hoja Excel. La figura 1 muestra el encabezado del normograma: allí se puede apreciar el *thelos* que jalona el proyecto y que sirve de basamento al normograma (constitucionalización de la carga de la prueba en Colombia). Así mismo, se aprecian tres campos que muestran el desarrollo histórico del concepto (carga estática, carga de la prueba, carga dinámica). Esta evolución indica una tendencia cada vez más garantista, es decir, un proceso de constitucionalización.

		<b>CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN COLOMBIA</b>				
<b>NORMOGRAMA</b>						
<b>CARGA ESTÁTICA</b>	<b>CARGA DE LA PRUEBA</b>	<b>CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA</b>			Página 1 de 61	1 De 1
<small>Onus probandi: «lo normal se entiende que está probado, lo anormal se prueba»</small>						

**Figura 1.** Encabezado del normograma.

La figura 2 muestra los campos del normograma. Estos campos son:

- Número del documento.
- Requisitos por cumplir.
- Jerarquía de la norma.
- Número o fecha.

- Ente legislativo que lo expide.
- Título de la norma.
- Aplicación específica.
- Proceso al que se aplica.

N.º	REQUISITO A CUMPLIR	JERARQUÍA DE LA NORMA	NÚMERO/ FECHA	ENTE QUE LA EXPIDE	TÍTULO DE LA NORMA	APLICACIÓN ESPECÍFICA	PROCESO AL QUE APLICA
1	Legales	L E Y	12 de julio 2012	Congreso de la República	Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones	Artículo 167. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.	CIVIL, LABORAL, ADMINISTRATIVO, DERECHO AGRARIO

**Figura 2.** Campos del normograma.

Como puede apreciarse, el instrumento recoge información relevante y, además, permite dilucidar la evolución de una institución jurídica determinada a la luz del proceso de constitucionalización en términos de avance o retroceso. La herramienta, entonces, es susceptible de aplicarse a cualquier otro tipo jurídico o conjunto normativo que amerite una recopilación de información importante para facilitarle al lector, al investigador o a cualquier persona interesada un acercamiento eficiente y una comprensión más clara de un asunto concreto.

## 5. Conclusiones

Un hallazgo del proceso de investigación está relacionado con la evolución histórica de la aplicación de la carga dinámica de la prueba en los asuntos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, en los cuales se denota en ciertos momentos un avance hacia la constitucionalización de la carga de la prueba y, en otros momentos, un retroceso o involución de esta institución jurídica.

En este sentido, se evidencia que lo que en principio se denominaba *carga estática de la prueba* —en la que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho— fue avanzando paulatinamente hacia una concepción más favorable en la que se abría la posibilidad discrecional del juez de distribuir la carga de la prueba, para, finalmente, arribar a lo que se conoce como *carga dinámica de la prueba*, en la que se pretende buscar la efectividad de principios como la solidaridad, la lealtad, la buena fe procesal y la igualdad de las partes, a fin de que aporte la prueba aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de allegarla.

Desde el punto de vista metodológico, la elección del normograma se funda en su eficacia como repositorio de información relevante y como herramienta que fomenta el análisis, la capacidad de búsqueda, la lectura crítica y la comprensión más profunda de temas jurídicos fundamentales.

## 6. Referencias

- Colombia. Congreso de la República. (2012, 12 de julio). Ley 1564. *Por la cual se expide el Código General del Proceso*. Diario Oficial N.º 48 489.
- Colombia. Consejo de Estado. (1992, 30 de julio). Radicado 6897. Sección Tercera, Sala Contencioso-Administrativa (Daniel Suarez Hernández, C. P.).
- Colombia. Consejo de Estado. (2000, 10 de febrero). Radicado 11878. Sección Tercera, Sala Contencioso-Administrativa (Alier Eduardo Hernández Enríquez, C. P.).
- Colombia. Consejo de Estado. (2004, 1 de julio). Radicado 14969. Sección Tercera, Sala Contencioso-Administrativa (Alier Eduardo Hernández Enríquez, C. P.).
- Colombia. Consejo de Estado. (2006, 31 de agosto). Radicado 15772. Sección Tercera, Sala Contencioso-Administrativa (Ruth Stella Correa Palacio, C. P.).
- Colombia. Consejo de Estado. (2011, 9 de febrero). Radicado 18793. Sección Tercera, Sala Contencioso-Administrativa (Mauricio Fajardo Gómez, C. P.).
- Colombia. Consejo de Estado. (2011, 8 de junio). Radicado 01357. Sección Tercera, Sala Contencioso-Administrativa (Jaime Orlando Santofimio Gamboa, C. P.).
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (1993, 25 de febrero). Sentencia C-070. (José Gregorio Hernández Galindo, M. P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-070-93.htm>
- Colombia. Presidencia de la República. (1970, 21 de septiembre). Decreto 1400. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil*. Diario Oficial N.º 33 150. [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_procedimiento\\_civil.html](http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html)
- Colombia. Ministerio de Justicia. (2015). *Normograma y gestión documental*. <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Documentos%20Mauricio/informes%20sig/documentos/Capacitaciones/Memoria%20-%20Normograma%20y%20documental.pdf>
- México. Congreso Constituyente. (1917, 5 de febrero). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación de México.
- Picó i Junoy, J. y Abel Lluch, X. (2020). Reformas necesarias de la prueba pericial civil. En J. Picó i Junoy (dir.), *La prueba pericial a examen: propuesta de lege ferenda* (pp. 279-319). J. M. Bosch.
- Priori Posada, G. y Pérez Prieto de las Casas, R. (2012). La carga de la prueba en el proceso laboral. *Ius et Veritas*, 22(45), 334-345. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12007>
- Rosemberg, L. (1955). *Tratado de derecho procesal civil* (vol. 2). Ediciones Jurídicas Europa-América.

Sanatorio de Contratación. (s.f.). *Normograma*. Consultado el 5 de abril de 2021. <http://www.sanatoriocontratacion.gov.co/index.php/es/normatividad/normograma>

Serra Domínguez, M. (1984). El derecho a la prueba en el proceso civil español. En M. Serra (ed.), *Homenaje a Jaime Guasp Delgado* (pp. 561-585). Comares.

Taruffo, M. (2009). *La prueba. Artículos y conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

---

# Parámetros constitucionales y convencionales aplicables a la limitación de derechos en el contexto del covid-19 en México

*Constitutional and Conventional Parameters Applicable to the Limitation of Rights, in the Context of Covid-19 in Mexico*

Raúl Montoya Zamora<sup>1</sup>

Recibido: 27/01/2021 – Aceptado: 18/03/2021 – Publicado: 01/06/2021

**Cómo citar este artículo:** Montoya Zamora, R. (2021). Parámetros constitucionales y convencionales aplicables a la limitación de derechos en el contexto del covid-19 en México. *Nuevo Derecho*; 17(28): 1-23. <https://doi.org/>

## Resumen

El objetivo de este trabajo es mostrar cuáles son los parámetros constitucionales y convencionales aplicables a la limitación de derechos fundamentales en el contexto del covid-19 en México, con el propósito de reflexionar críticamente sobre algunos casos en los que la autoridad no se ajusta a dichos parámetros con la consiguiente restricción o suspensión injustificada de algunos derechos fundamentales. Por lo que, con apoyo del método dogmático jurídico, exegético y el análisis de casos, en primer término, se desarrollará una base teórica sobre los límites a los derechos fundamentales; luego se analizarán las bases constitucionales y legales vigentes en México aplicables a la pandemia del covid-19; posteriormente se dará cuenta de los parámetros constitucionales y convencionales que resultan aplicables a la restricción o suspensión de derechos en el escenario de la pandemia del covid-19 en México, y finalmente, apoyados en lo anterior, se reflexionará críticamente sobre algunos casos en los cuales las autoridades mexicanas han procedido en contra de los referidos parámetros constitucionales y convencionales, restringiendo o suspendiendo derechos fundamentales básicos de la población en México.

**Palabras clave:** derechos humanos, limitación de derechos, restricción de derechos, suspensión de derechos, derecho a la salud, pandemia del covid-19.

## Abstract

The objective of this work is to show which are the constitutional and conventional parameters applicable to the limitation of fundamental rights in the context of covid-19 in Mexico, with the purpose of critically reflecting on some cases in which the authority does

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho. Maestro en Derecho. Especialista en Derecho Penal. Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales. Doctor en Derecho. Docente investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Correo electrónico: [raul.montoya@ujed.mx](mailto:raul.montoya@ujed.mx). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9731-2443>.



not conform to said parameters with the consequent unjustified restriction or suspension of some fundamental rights. Therefore, with the support of the legal and exegetical dogmatic method and the analysis of cases, in the first place, a theoretical basis will be developed on the limits to fundamental rights; then the constitutional and legal bases in force in Mexico applicable to the covid-19 pandemic will be analyzed; Subsequently, it will become aware of the constitutional and conventional parameters that are applicable to the restriction or suspension of rights in the scenario of the covid-19 pandemic in Mexico, and finally, based on the above, it will critically reflect on some cases in which The Mexican authorities have proceeded against the aforementioned constitutional and conventional parameters, restricting or suspending basic fundamental rights of the population in Mexico.

**Keywords:** Human rights; limitation of rights; restriction of rights; suspension of rights; right to health; covid-19 pandemic.

## 1. Introducción

El covid-19 tuvo su origen a mediados del mes de diciembre del 2019 en la ciudad de Wuhan, China, donde empezaron a darse una serie de neumonías de origen desconocido, lo que originó la alarma sobre una nueva enfermedad que se dispersaría alrededor del planeta, causando miles de infectados y muertos hasta el momento (Redacción Médica, 2020).

El día 11 de marzo de 2020, el director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en la rueda de prensa sobre el covid-19, dio a conocer que se estaba frente a una pandemia nunca antes vista, originada por un coronavirus, por lo que invitó a todas las naciones del mundo a cerrar filas en contra de esta nueva amenaza mundial, a fin de evitar el crecimiento del número de casos y, sobre todo, la pérdida de vidas humanas. De igual modo, el director de la OMS hizo un llamamiento a los países a informar a sus pueblos sobre los riesgos existentes y la forma de protegerse; para encontrar, aislar, someter a prueba y tratamiento todos los casos, y rastrear a sus contactos; preparar a sus hospitales y formar y proteger a su personal sanitario, y, lo más importante, cuidarnos los unos de los otros porque nos necesitamos (Organización Mundial de la Salud, 2020).

En México existe un marco constitucional y legal que debe observarse de una manera adecuada para hacer frente a la pandemia del covid-19, por lo que se formulan las siguientes preguntas claves que guiarán el presente texto.

¿Cuál es el régimen constitucional y legal aplicable cuando se presente un problema sanitario como el del covid-19 en México? ¿El procedimiento previsto en el artículo 29 constitucional es el único por el cual se pueden restringir o suspender derechos humanos para hacer frente a la pandemia? ¿La autoridad sanitaria competente puede restringir o limitar los derechos? ¿Las medidas administrativas que dicten las autoridades competentes para hacerse cargo de la emergencia sanitaria pueden contener restricciones o suspender derechos humanos y sus garantías? ¿Hasta dónde pueden contener restricciones o suspender derechos las medidas implementadas por las auto-

tidades sanitarias competentes? ¿Qué parámetros constitucionales y convencionales deben respetar las autoridades sanitarias competentes al momento de emitir acuerdos en los que se restrinjan o suspendan derechos?

Las anteriores preguntas resultan de la mayor importancia, debido a que —con motivo de la pandemia del covid-19 en México— las autoridades sanitarias competentes han emitido acuerdos que limitan ciertos derechos fundamentales básicos de los mexicanos.

La razón de ser del presente trabajo es mostrar cuáles son los parámetros constitucionales y los derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que resultan aplicables a la limitación de derechos fundamentales en el contexto de la pandemia covid-19 en México. Paralelamente, el presente trabajo será de utilidad para los Estados miembros de la Convención, ya que dichos parámetros convencionales también les resultan obligatorios.

En la elaboración del presente trabajo se hará uso del método dogmático jurídico y exegético, para analizar los principios doctrinales y el sentido de las expresiones utilizadas en los enunciados normativos, e interpretar las normas relativas al marco constitucional y legal aplicable a las situaciones de emergencia derivadas de una epidemia. Además, el método de análisis de casos se justifica, en virtud del pertinente estudio de fallos y precedentes relacionados con la restricción o suspensión de derechos en el contexto de una emergencia sanitaria.

## **2. Límites de los derechos fundamentales**

Si bien no se puede condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales, se reconoce que no son absolutos, sino que están sujetos a límites expresos o implícitos, impuestos por determinadas exigencias de la sociedad.

En este sentido, José Luis Cea (2002) apunta que los derechos fundamentales no tienen el carácter de absolutos, puesto que si así fuera, se convertirían en prerrogativas propias de un déspota que actúa de manera ilícita y abusiva.

Los derechos fundamentales no pueden ser ilimitados, ya que desde el momento en que sus titulares son personas pertenecientes a la especie humana, que por tanto son contingentes y no absolutas, limitadas y no infinitas, sus derechos están condicionados de manera inevitable a ciertos límites. Estos límites devienen necesariamente de la vida en sociedad, la cual exige que el ordenamiento jurídico los consagre en aras del bien común.

Es necesario establecer el alcance y la justificación de los límites y restricciones a los derechos fundamentales, para su mejor comprensión y para que, en su imposición, no se pueda abusar a tal grado que se afecte el contenido esencial de los derechos.

En ese sentido, haciendo uso de nuestro derecho a la estipulación lingüística se entenderá por *limitaciones a los derechos fundamentales*: las restricciones o suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales, impuestas por una norma jurídica positiva, que resulten idóneas, necesarias y proporcionales para garantizar finalidades constitucionalmente legítimas de la sociedad.

De manera simple, Fernández González (2002) señala que limitar un derecho fundamental significa restringir o compactar el ejercicio normal de un derecho.

Las limitaciones a los derechos fundamentales se pueden clasificar en ordinarias y extraordinarias. Las primeras operan cotidianamente y afectan el ejercicio de los derechos fundamentales tanto en condiciones de normalidad como de excepción constitucional. Esto es, son aquellas que aplican en todo momento. En cambio, las limitaciones extraordinarias o excepcionales, como su nombre lo sugiere, son aquellas que se producen en condiciones extraordinarias de emergencia o institucional y que dan pauta al establecimiento de un estado de excepción constitucional (Nogueira Alcalá, 2008).

Como ejemplo de las limitaciones ordinarias, el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone una serie de límites al derecho de manifestación de las ideas, en los casos en que se “ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público” (Congreso Constituyente, 1917). Como se ve, este tipo de limitaciones es la regla general y aplica ordinariamente, tanto en estado de normalidad como de excepción constitucional.

Respecto de las restricciones extraordinarias o excepcionales, el artículo 29 de la Constitución mexicana regula el mecanismo constitucional de restricción y suspensión de derechos fundamentales y sus garantías, sobre el cual volveremos más adelante, enfatizando que resulta uno de los instrumentos de los que se puede echar mano para afrontar la pandemia covid-19 en México.

Sobre la suspensión de garantías en caso de estado de excepción, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala lo siguiente:

Art. 27. Suspensión de Garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás

Estados Parte en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido (Organización de Estados Americanos, artículo 27, 1969).

Por lo que hace al tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1998) ha dicho que la limitación a los derechos fundamentales en estados de excepción constitucional debe cumplir con los requisitos de proclamación y publicidad. El requisito de proclamación se refiere a que las determinaciones sobre restricciones de derechos impuestas por el Estado se hagan públicas, para que los ciudadanos estén en condiciones de conocerlas. Y la notificación, como lo refiere el artículo 27, párrafo 3 de la Convención, impone la obligación a los “Estados de informar a los demás Estados parte de la Convención, por conducto de la Organización de los Estados Americanos, las disposiciones que haya suspendido” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1998).

En cuanto a la notificación, en el caso *Zambrano Vélez vs. Ecuador*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) argumentó que dicha obligación de los Estados parte de la Convención constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente al tratado, el cual tiene por objeto y fin la protección del ser humano. De igual manera, resulta una salvaguardia para prevenir abusos en las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a otros Estados observar que la suspensión de ciertos derechos sea acorde a la Convención (Corte IDH, 2007).

Asimismo, la Corte IDH, en el *hábeas corpus* bajo suspensión de garantías, ha destacado que:

Lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de derechos, la Convención dispone un principio contrario, esto es, que todos los derechos deben respetarse y garantizarse, salvo que circunstancias muy especiales o extraordinarias justifiquen la suspensión de algunos. Empero, otros derechos nunca podrán ser suspendidos, por muy grave que sea la situación de emergencia (Corte IDH, 1987).

Otra categoría de limitaciones a los derechos fundamentales se refiere a aquellas que nacen del respeto de los derechos de los demás; a las de origen material y a las de origen positivo. Las dos primeras se comprenden implícitamente en cada derecho, y las últimas se encuentran expresamente reconocidas por las normas jurídicas (Prado, 2007).

Así, las limitaciones que nacen del respeto de los derechos fundamentales de las demás personas impiden a cada titular de un derecho utilizarlo en perjuicio de otro. Esto también comprende el cumplimiento del bien común. Sobre el particular, el artículo 32, párrafo 2, de la Convención refiere que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática” (Organización de Estados Americanos, 1969).

Las limitaciones o restricciones de naturaleza material o física tienen conexión mediante instituciones privadas que en razón del principio de subsidiariedad colaboran con el mismo fin, para cumplir con determinados derechos de carácter prestacional. Como se aprecia, esta clase de limitaciones se refieren a los derechos económicos y sociales, que exigen del Estado un quehacer positivo que permitan su satisfacción, de tal suerte que la falta de acciones reales o materiales significa en la práctica una limitación al ejercicio de tales derechos (Prado, 2007).

Empero, no todos los derechos sociales se pueden considerar como derechos de carácter prestacional que requieran de un esfuerzo presupuestal del Estado, como sucede con los derechos fundamentales de naturaleza laboral, como el de formar sindicatos o el derecho a la huelga, los cuales doctrinalmente son clasificados como derechos sociales (Pereira Menaut, 2006. Consecuentemente, resulta pertinente estudiar cada caso para verificar si se considera legítima la restricción a un derecho económico o social, basada en consideraciones de orden presupuestario.

Sobre este tipo de restricciones de orden material, conviene destacar lo que señala el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 1, párrafo 1, respecto del compromiso de los Estados parte de encontrar mecanismos como la asistencia y cooperación internacional a través de medios económicos y técnicos, con la finalidad de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese pacto (Organización de Estados Americanos, 1976).

Por lo que concierne a las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico positivo o las normas jurídicas, son las más habituales y, a diferencia de las antes analizadas, no se entienden implícitas en cada derecho, sino que se encuentran expresamente previstas en las normas (Prado, 2007).

Cada Estado, ya sea en sus normas constitucionales o en tratados internacionales, establece expresamente una serie de restricciones al ejercicio de determinados derechos o autoriza o confiere facultades a ciertas autoridades, normalmente al legislador ordinario, para establecer las limitaciones (Prado, 2007).

Lo anterior da pauta a una clasificación de la limitación de los derechos que se refiere a la norma donde se encuentra establecida.

En el orden interno, Alexy distingue dos clases de restricciones a los derechos fundamentales: las directamente constitucionales y las indirectamente constitucionales (Alexy, 2002).

Sobre el tema, Alexy (2002) refiere que “una norma puede ser una restricción a un derecho fundamental solo si es constitucional” (p. 272). En caso de que no sea constitucional, su imposición tendrá “el carácter de una intervención, pero no de una restricción” (Alexy, 2002, p. 272).

Ya referimos un ejemplo de este tipo de limitaciones constitucionales, con respecto al derecho de manifestación de las ideas consagrado en el artículo 6 de la Constitu-

ción mexicana, el cual reconoce limitaciones en los casos en que se ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, se provoque algún delito o perturbe el orden público.

En cambio, las limitaciones indirectamente constitucionales son aquellas que constituyen una imposición que se encuentra aprobada por el texto constitucional, pero no se trata de restricciones expresamente estipuladas en esa norma, sino que es la propia Constitución la que establece una facultad a favor de las normas jurídicas, para que impongan una restricción correspondiente. En palabras de Alexy (2002):

La competencia para imponer restricciones indirectamente constitucionales se expresa de manera nítida en las cláusulas de reserva explícitas, consideradas como aquellas disposiciones iusfundamentales o partes de dichas disposiciones, que facultan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones (p. 282).

La Constitución mexicana establece varias cláusulas de reserva explícita, por medio de las cuales se habilita al legislador, a la administración e incluso a los jueces a realizar restricciones a determinados derechos. Tal y como sucede, por ejemplo, con el derecho de los pueblos indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos, que se habilita al legislador para establecer los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes (Congreso Constituyente, 1917). Finalmente, respecto del tema del presente apartado resulta pertinente tratar someramente las condiciones de limitación de los derechos fundamentales; las que, de acuerdo con Prieto Sanchís (2002), quedan sometidas a ciertas circunstancias especiales, como la cláusula que refiere al contenido esencial respecto de los derechos y también, respecto de la exigencia de justificación.

Las condiciones de limitación de los derechos también se entienden como los requisitos que deben observar las autoridades al momento de imponer restricciones ordinarias o extraordinarias a los derechos. Se comprenden como una especie de límites a esas facultades limitadoras o restrictivas de derechos fundamentales, para que no actúen con absoluta libertad o de manera arbitraria. Entre esas condiciones de limitación tenemos las de carácter competencial, las de carácter internacional, las de carácter material y las de carácter lógico (Prieto Sanchís, 2002).

Las de carácter competencial pertenecen al orden jurídico estatal interno y se refieren a que la autoridad o el legislador solo pueden limitar un derecho fundamental cuando una norma constitucional les confiera esa potestad.

Las condiciones de orden internacional o convencional se relacionan con el respeto a las normas de derechos humanos de rango internacional, incorporadas al orden jurídico nacional por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución mexicana, con lo cual se integra un bloque de constitucionalidad más amplio en la protección de los derechos humanos: esto es, los derechos consagrados en normas nacionales y los consagrados en las convenciones internacionales suscritas por el Estado mexicano. Una disposición fundamental de orden internacional es el artículo 30 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala los requisitos que deben contener las restricciones a los derechos contenidos en la Convención, mismas que “no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual hayan sido establecidas” (Organización de Estados Americanos, 1969).

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que la disposición en cita, en concordancia con otras de la convención, exige para la imposición de restricciones las siguientes condiciones:

a) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b) que los fines que persiga la restricción sean legítimos, esto es, que obedezcan a cuestiones de interés general y no se aparten del fin para el cual se establecieron, y c) que las restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen en conformidad con ellas (Corte IDH, 1986).

En lo tocante al requisito de que las leyes han de dictarse por razones de interés general, la Corte IDH ha dicho que significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común y que tal concepto debe “interpretarse como elemento integrante del orden público de un Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de situaciones que le permitan progresar espiritual y materialmente, y alcanzar la felicidad” (Corte IDH, 1986).

Lo anterior significa que, si bien los derechos fundamentales pueden ser limitados en consideración al interés general, no por ello dicho interés es superior a los derechos, sino que los derechos pueden ser limitados excepcionalmente en atención a dicho interés. Y tales restricciones deben estar establecidas en las leyes, entendiendo por ese término, las normas jurídicas de carácter general, ceñidas al bien común, emanadas de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaboradas de conformidad con el procedimiento de creación normativa previsto en las Constituciones de los Estados parte (Corte IDH, 1986).

Por cuanto a las condiciones de limitación de carácter material, se refieren al respeto del contenido esencial del derecho. Sobre el particular, Cea (2002) señala que la esencia de los valores de los diferentes derechos se encuentra en el respeto a la dignidad humana, por lo que las restricciones a los derechos “no pueden convertirse en regla general, de la que resulte que la libertad e igualdad de las personas desaparezca o quede reducida al mínimo” (p. 599).

En ese sentido, el contenido esencial de los derechos fundamentales expresa el valor de cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, resultado de la conjunción entre la dignidad humana y el núcleo esencial propio de cada derecho o libertad, o sea, aquello que resulta consustancial.

Esta condición nos indica que ni el legislador ni cualquier ente facultado para restringir un derecho fundamental puede establecer restricciones de tal suerte que afecte a los

derechos en su esencia, es decir, en aquello que le resulta consustancial, de forma que ya no pueda reconocérsele.

Por último, se encuentran las condiciones de carácter lógico, que nos informan que las restricciones a los derechos fundamentales deben ser justificadas y proporcionales. La justificación se refiere a que las limitaciones tengan una causa o razón concreta, relacionada, por ejemplo, como se ha dicho, con la necesidad de proteger otros derechos o intereses sociales. Consecuentemente, la justificación debe estar amparada en situaciones que resulten razonables para que no sean arbitrarias o caprichosas.

La proporcionalidad en las limitaciones exige que los medios utilizados para cumplir con el fin a que se aspira resulten los apropiados (Häberle, 2003, p. 68). Esto nos remite a realizar una ponderación o balanceo de los derechos fundamentales o intereses que puedan resultar en conflicto, por lo cual se debe emplear el test de proporcionalidad o ley de la ponderación de Alexy (2002) atendiendo a los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

### **3. Marco constitucional y legal de régimen de salud pública en México frente a una epidemia o pandemia**

La salud es un derecho fundamental y, por ende, un objetivo o finalidad constitucionalmente legítima que tiene el Estado mexicano, esto es, proteger y tutelar la salud de sus habitantes.

Así, el artículo 4º de la Constitución Federal nos indica que toda persona tiene derecho a la salud, dejando a la ley la definición de las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, estableciendo la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de la misma Constitución (Congreso Constituyente, 1917).

De este primer acercamiento se tiene que el derecho a la salud impone al Estado una obligación positiva consistente en realizar todo cuanto esté a su alcance para proteger ese derecho y brindar los servicios necesarios para garantizarlo (médicos, hospitalarios, asistenciales, etcétera). Empero, también contiene una obligación de carácter negativo, de no hacer cosas que atenten contra ese derecho; por ejemplo, el Estado tiene la obligación de no contaminar el agua que se use para el consumo humano.

También se tiene que en el acceso a los servicios de salud participan concurrentemente la Federación y los Estados, en términos de lo previsto por el artículo 73, fracción XVI de la Constitución Federal. Esto significa que cada nivel de gobierno tiene sus propias competencias, las cuales son señaladas por la propia Constitución y la ley de la materia, esto es, la Ley General de Salud (Cámara de Diputados del Congreso, 1984).

En la crisis sanitaria del covid-19 por la que atraviesa México, el derecho a la salud impone una obligación positiva al Estado, pero también conlleva una vertiente negativa, es decir, no obstaculizar o entorpecer la protección de la salud de las personas.



De igual manera, al ser el acceso a los servicios de salud una competencia concurrente tanto el presidente como los gobernadores tienen que hacer algo para afrontar el problema del covid-19. ¿Pero, qué es exactamente lo que le corresponde hacer a cada nivel de gobierno para enfrentar esta pandemia?

### **3.1 La actuación del Consejo de Salubridad General y de la Secretaría de Salud en el marco del covid-19**

La fracción XVI del artículo 73 constitucional contiene tres bases importantes sobre el tema. La primera es la existencia de un Consejo de Salubridad General (CSG) que dependerá directamente del presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país. La existencia de este Consejo data de 1917, es decir, desde la Constitución originaria se prevé la existencia de ese consejo.

La segunda base es que en caso de epidemias de carácter grave (como la del covid-19, que ya fue incluso declarada una pandemia) o “peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el presidente de la República” (Congreso Constituyente, 1917).

Y la tercera base es que “la autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País” (Congreso Constituyente, 1917).

Las atribuciones del CSG se encuentran establecidas en el artículo 17 de la Ley General de Salud (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984). Otra normativa importante que regula el funcionamiento del CSG es el Reglamento Interior del CSG (2009), en el que se establecen sus funciones, de las que llama especialmente la atención la prevista en la fracción XVII del artículo 9, que dispone que le corresponde al citado Consejo aprobar y publicar en el Diario Oficial de la Federación la declaratoria en los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia (como el covid-19) “o atenten contra la seguridad nacional, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria” (CSG, 2020a).

Como se ve, el CSG tiene cierta autonomía en su funcionamiento y puede dictar determinaciones obligatorias para las autoridades de todos los niveles de gobierno. Tal y como aconteció con la sesión llevada a cabo por ese CSG el día 19 de marzo del 2020, por el que “reconoció la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV-2 (covid-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, y se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia”. De igual modo, en el acuerdo se resuelve que la Secretaría de Salud determinará todas las acciones que resulten necesarias para atender la enfermedad en cuestión.

Dicho acuerdo fue acompañado de lo establecido por la Secretaría de Salud, para dictar las medidas de prevención que se deben de aplicar para mantener el control de riesgos de la enfermedad SARSCoV-2 (covid-19). Es de notar que se dictó 13 días después de que la OMS declaró que dicha enfermedad se trataba de una pandemia (Secretaría de Salud, 2020a).

De igual manera, con fecha 30 de marzo de 2020, el CSG emitió un acuerdo que declaraba formalmente la *emergencia sanitaria* estableciendo la fuerza mayor. En este mismo sentido, el acuerdo resuelve que la Secretaría de Salud establecerá las acciones pertinentes para atender la emergencia (CSG, 2020b).

Sobre la actuación de la Secretaría de Salud, la Constitución en su artículo 76, fracción XVI, dispone lo que le corresponde hacer en caso de epidemias o enfermedades exóticas, señalando al efecto que tiene la obligación de regular las medidas preventivas para que sean sancionadas por el presidente de la República. Esto es, la Constitución asume que el órgano de mayor experiencia y competencia para hacer frente a una pandemia o crisis de salud pública es la Secretaría de Salud, a tal punto que le permite actuar ejecutivamente (rápido), sin necesidad de que el presidente sancione sus medidas a priori. Dichas medidas serán sancionadas a posteriori, es decir, la Secretaría de Salud puede dictar medidas rápidas sin tener la autorización del presidente (Congreso Constituyente, 1917).

Sin embargo, como se aprecia de los acuerdos dictados por el CSG de 23 y 30 de marzo del presente año, en contraposición a la lógica constitucional, se autorizó a la Secretaría de Salud para que determinará todas las acciones que resultaran necesarias con el fin de atender la emergencia en cuestión, cuando en la especie no se requería dicha autorización del CSG, porque la misma ya viene dada desde la propia Constitución para que la Secretaría de Salud actuara de manera rápida y eficaz. Por lo que los acuerdos dictados por la Secretaría de Salud con fechas 24 y 31 de marzo del 2020, para atender el problema sanitario generado por el covid-19, podía haberlos emitido sin necesidad de contar con la autorización del CSG, pues se recuerda que en tratándose de epidemias y enfermedades exóticas, la Secretaría de Salud es la autoridad ejecutiva, y sus determinaciones son obligatorias para todas las autoridades administrativas en el país, incluso para las autoridades de los Estados y Municipios. Asimismo, el artículo 147 de la Ley General de Salud dispone que:

En los lugares del territorio nacional en que cualquier enfermedad transmisible adquiera *características epidémicas graves*, a juicio de la Secretaría de Salud, así como en los lugares colindantes expuestos a la propagación, *las autoridades civiles, militares y los particulares estarán obligados a colaborar con las autoridades sanitarias en la lucha contra dicha enfermedad* (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

Como se ve del anterior precepto, en los casos de epidemia, las autoridades civiles, militares y los particulares están obligados a colaborar con la Secretaría de Salud, en el

entendido de que es la autoridad competente para dictar las medidas requeridas para hacer frente a la epidemia.

También el artículo 148 de la Ley General de Salud faculta:

A las autoridades sanitarias competentes (Secretaría de Salud) para utilizar como elementos auxiliares en la lucha *contra las epidemias*, todos los recursos médicos y de asistencia social de los sectores público, social y privado existentes en las regiones afectadas y en las colindantes, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley y los reglamentos aplicables (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

Según el artículo 149, la Secretaría de Salud cuenta con la facultad autorizar y permitir la internación en el territorio nacional de personas que padezcan enfermedades *infecciosas en periodo de transmisibilidad* que sean portadoras de agentes infecciosos o se sospeche que estén en periodo de incubación por provenir de lugares infectados, como en el caso del covid-19 (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

Incluso, para afrontar una epidemia, el artículo 152 de la Ley General de Salud estipula que las autoridades sanitarias (léase competentes, en el caso, la Secretaría de Salud, y de manera extensiva el CSG) “podrán ordenar, por causas de epidemia, la clausura temporal de los locales o centros de reunión de cualquier índole” (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

De igual forma, el artículo 359 de la Ley General de Salud, determina que:

La Secretaría de Salud notificará a la Organización Mundial de la Salud de todas las medidas que haya adoptado, de modo temporal o permanente, en materia de sanidad internacional. Asimismo, informará a esta misma organización y con la oportunidad debida, sobre cualquier caso que sea de interés en la vigilancia epidemiológica de las enfermedades que se citan en el Reglamento Sanitario Internacional, las que puedan *originar epidemias* (como la del covid-19) o cualesquiera otras que considere de importancia notificar (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

Tal y como se puede apreciar, la organización competencial resulta algo compleja, y esto se puede entender porque la protección a la salud implica la participación de varios niveles de gobierno, cada uno de ellos con su respectivo marco legal.

Ahora bien, ¿qué le corresponde realizar a las entidades federativas y municipios en una crisis de salud pública como la que atravesamos? ¿Pueden dictar medidas adicionales o que rebasen las adoptadas por el CSG o la Secretaría de Salud? ¿Pueden dichas autoridades dictar medidas que restrinjan o suspendan los derechos?

Del marco constitucional y legal referido se aprecia que no se otorga competencia expresa alguna a los gobiernos de las entidades federativas y municipios para dictar las medidas necesarias con el fin de hacer frente a una epidemia como la del covid-19.

Dicha situación es entendible desde el punto de vista constitucional, porque resulta más funcional y ejecutivo que la autoridad que determina la propia carta magna como la de mayor experiencia para hacer frente a una epidemia, dicte de manera rápida, incluso sin tener la autorización del presidente, todas aquellas determinaciones necesarias para hacer frente a la pandemia. Con lo que se evita también el dictado de medidas dispersas, difusas, inconexas y restrictivas de derechos de los gobiernos estatales y municipales, que por mucho que puedan actuar de buena fe no cuentan con la competencia para dictar medida alguna en estos casos.

Por tanto, la actuación de los gobiernos estatales y municipales ante la crisis de salubridad pública por la que se atraviesa consistiría en ejecutar y cumplir con los acuerdos emanados del csg y de la Secretaría de Salud, pues resultan vinculantes y obligatorios para todas las autoridades del país. Y, claro está, de manera implícita también consistiría en proporcionar los servicios de salud necesarios para atender la epidemia en cuestión.

En ese orden de exposición, conforme a lo que hasta aquí hemos analizado, solo la autoridad sanitaria federal, ya sea el csg o la Secretaría de Salud, pero especialmente esta última, es la facultada para dictar todas aquellas medidas necesarias para afrontar la crisis epidemiológica relacionada con el covid-19, por lo que las dictadas por las autoridades estatales y municipales no tienen basamento constitucional alguno.

Sin embargo, los mecanismos constitucionales para hacer frente a una pandemia no se agotan solo en los que se han detallado; también existe la suspensión de derechos prevista en el artículo 29 constitucional, medida que desde nuestra modesta opinión debe ser utilizada como última alternativa, siempre y cuando se haya procurado controlar la emergencia sanitaria a través de otras medidas menos lesivas de derechos, pero idóneas y necesarias para proteger la salud pública de cara a este virus del covid-19.

A continuación, se da cuenta de este mecanismo constitucional.

### **3.2. La restricción y suspensión de derechos como mecanismo para afrontar el covid-19 en México**

La restricción y suspensión de derechos es un procedimiento constitucional en el que intervienen los tres poderes de la unión. El ejecutivo, que emite el decreto de restricción y suspensión de derechos; el legislativo, que lo aprueba y autoriza al ejecutivo la adopción de medidas necesarias para hacer frente a la situación extraordinaria; el judicial, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que revisa oficiosamente la constitucionalidad y validez del decreto en cuestión con la mayor prontitud posible.

El texto del artículo 29 constitucional establece que la restricción y “suspensión de derechos procede en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto” (Congreso Constituyente, 1917) como puede ser la emergencia sanitaria originada por una epidemia como la del covid-19. En tal supuesto, el presidente de la República:

Con la aprobación del Congreso o de la Comisión Permanente, podrá restringir o suspender en todo el país o en un lugar determinado, el ejercicio de los derechos que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado (Congreso Constituyente, 1917).

En este sentido, no debe ser indeterminado, es decir, se debe señalar la temporalidad del decreto, es decir que:

Por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde (Congreso Constituyente, 1917).

De acuerdo con lo dicho, es importante recalcar que en la emisión del decreto de restricción y suspensión:

No podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; *ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.* (Congreso Constituyente, 1917).

Esto significa que esos derechos no pueden restringirse ni suspenderse bajo ninguna condición. Adicionalmente, “la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por la Constitución y ser *proporcional al peligro a que se hace frente*”(Congreso Constituyente, 1917).

Esta exigencia significa que el decreto en cuestión debe estar lo suficientemente argumentado, con premisas jurídicas y fácticas, en las que se considere además la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (ello en atención a la proporcionalidad que señala la norma constitucional), en correlación al peligro que se afronta. Dicha medida debe cumplir con los principios de legalidad (soportada en la ley), racionalidad (bajo este principio no cualquier restricción o suspensión cabe, sino solo aquella que sea racional para hacer frente a la situación de peligro), proclamación (que implica que la suspensión sea aprobada y dada a conocer a la ciudadanía por quien sea competente para tomarla) y no discriminación (Congreso Constituyente, 1917).

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías puede concluir de dos maneras:

Bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso. En tales supuestos, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. Y el Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión (Congreso Constituyente, 1917).

Finalmente, como garantía de que el decreto emitido por el ejecutivo con aprobación del Congreso de la Unión sea apegado a la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene la atribución de revisar su constitucionalidad y validez de manera oficiosa, lo cual deberá hacerlo con la mayor prontitud posible (Congreso Constituyente, 1917).

En suma, se considera que la restricción y suspensión de derechos y libertades prevista en el artículo 29 constitucional debe ser utilizada como último recurso para hacer frente a la emergencia de salud ocasionada por el covid-19, esto después de haber procurado contener la emergencia con otras medidas menos lesivas y restrictivas de derechos.

#### **4. Parámetros constitucionales y convencionales aplicables a las autoridades sanitarias competentes para hacer frente a la pandemia del covid-19 en México (reflexión crítica y conclusiva)**

El marco constitucional y legal de referencia nos invita a reflexionar sobre los alcances que deben tener las medidas sanitarias dictadas por las autoridades competentes para contener la emergencia. En este sentido, es pertinente plantear las siguientes cuestiones. ¿El procedimiento previsto en el artículo 29 constitucional es el único por el cual se pueden restringir o suspender derechos humanos para hacer frente a la pandemia? ¿Las medidas administrativas que dicten las autoridades competentes para hacerse cargo de la emergencia sanitaria pueden contener restricciones o suspender derechos humanos y sus garantías? ¿Hasta dónde pueden contener restricciones o suspender derechos las medidas implementadas por las autoridades sanitarias competentes? ¿Qué parámetros deben respetar las autoridades sanitarias competentes al momento de emitir acuerdos en los que se restrinjan o suspendan derechos? ¿Es constitucional y convencional restringir o suspender ciertos derechos fundamentales, como el derecho de acceso a la justicia, con motivo de la pandemia en cuestión?

Sobre el particular, se considera que, en principio, de una interpretación estricta de la normativa constitucional, el único procedimiento previsto para restringir y suspender derechos es el previsto en el artículo 29 constitucional. Por ende, una primera conclusión sobre el tema es que las medidas dictadas por las autoridades competentes para afrontar el problema epidemiológico del covid-19 no deberían tener restricciones y, menos, suspender los derechos humanos.

Sin embargo, en los hechos, en el actuar cotidiano de la autoridad (sin que se suponga una emergencia como la que se está afrontando) se pueden constatar actos tanto administrativos como legislativos que contienen restricciones a los derechos humanos, y ello

no conlleva que necesariamente se tenga que seguir el procedimiento previsto en el artículo 29 constitucional.

Esto es entendible, porque las autoridades competentes tienen que atender cuestiones con la mayor prontitud posible para resolver los problemas que demanda la sociedad y, en una sociedad democrática pluralista, tomar determinaciones que tiendan a proteger fines, valores y derechos constitucionalmente legítimos, pero que pueden limitar o restringir otros derechos de la misma jerarquía e importancia.

Precisamente es lo que está sucediendo con la actuación de la Secretaría de Salud para tratar de resolver la problemática derivada del covid-19. Sus acciones en lo fundamental están encaminadas a proteger el derecho humano a la salud de todos los habitantes de la república, lo cual constituye una finalidad constitucionalmente legítima y una obligación del Estado mexicano. Pero para cumplir con esa finalidad, la Secretaría de Salud ha tenido que dictar medidas de prevención, de contención, y aquellas tendentes a evitar la propagación del virus covid-19, lo cual supone la limitación a otros derechos fundamentales de igual jerarquía al derecho a la salud, tal y como se puede desprender de las facultades contenidas en los artículos 148, 152 y 359 de la Ley General de Salud.

Así, por ejemplo, el acuerdo de la Secretaría de Salud por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el covid-19 contiene bastantes limitaciones a otros derechos fundamentales como la libertad de empresa, de comercio, de trabajo, de reunión, etcétera, tal y como se analiza a continuación (Secretaría de Salud, 2020b). En primer lugar, el acuerdo en cuestión ordenó:

A los sectores público, social y privado la suspensión inmediata, del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, *de las actividades no esenciales*, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV-2 en la comunidad, para disminuir la carga de enfermedad, sus complicaciones y la muerte por covid-19 en la población residente en el territorio nacional (Secretaría de Salud, 2020b).

Para tal efecto, se estimaron como actividades esenciales, entre otras, las siguientes: “La procuración e *impartición de justicia*; así como la actividad legislativa en los niveles federal y estatal” (Secretaría de Salud, 2020b).

El acuerdo en cita también contiene un exhorto emitido a todos los ciudadanos y residentes del territorio mexicano a acatar los mandatos de “resguardo domiciliario corresponsable del 30 de marzo al 30 de abril de 2020. Entendiendo por resguardo domiciliario corresponsable a la limitación voluntaria de movilidad, permaneciendo en el domicilio particular o sitio distinto al espacio público, el mayor tiempo posible” (Secretaría de Salud, 2020b). Tal resguardo domiciliario corresponsable lo debían acatar de manera estricta todas las personas mayores de 60 años, las mujeres en estado de embarazo o puerperio inmediato, las personas que fuesen o hubiesen sido diagnosticadas con hipertensión arterial, con diabetes mellitus, las personas que sufriesen de alguna enfermedad cardíaca o pulmonar crónicas, inmunosupresión, insuficiencia renal o hepática, independientemente de si su actividad laboral se considere esencial. Así

mismo se reconocía que el personal esencial podría de manera voluntaria presentarse a laborar (Secretaría de Salud, 2020b).

De igual manera, se pospusieron, “hasta nuevo aviso, todos los censos y encuestas a realizarse en el territorio nacional que involucren la movilización de personas y la interacción física (cara a cara) entre las mismas” (Secretaría de Salud, 2020b). Se dispuso que todas las medidas anteriores deberían aplicarse con estricto respeto a los derechos humanos de las personas (Secretaría de Salud, 2020b).

Como puede apreciarse, en el acuerdo en cuestión se contemplan restricciones severas a los derechos humanos, siendo las principales las relacionados con la libertad de empresa, comercio y trabajo, a través de la suspensión de *actividades no esenciales*, inferidas de la definición de las *actividades esenciales*.

El acuerdo en cuestión también contiene una restricción leve al derecho de libertad de circulación, a modo de un exhorto a toda la población residente en el territorio mexicano, incluida la que arribe al mismo procedente del extranjero y que no participa en actividades laborales esenciales, a cumplir con un *resguardo domiciliario responsable* del 30 de marzo al 30 de abril de 2020. Restricción que fue estricta para toda persona mayor de 60 años, en estado de embarazo o puerperio inmediato, con diagnóstico de hipertensión arterial, diabetes mellitus, enfermedad cardíaca o pulmonar crónicas, inmunosupresión (adquirida o provocada), insuficiencia renal o hepática, independientemente de si su actividad laboral se considera esencial.

Sobre el particular, cabe señalar que conforme al artículo 12, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se puede restringir la libertad de circulación cuando sea necesario para proteger la salud pública, y la restricción sea compatible con los demás derechos reconocidos en el pacto.

Ahora bien, sobre el debate de si una autoridad administrativa como la Secretaría de Salud puede emitir un acuerdo que restrinja o suspenda derechos humanos para hacer frente a la epidemia del covid-19 o se tiene que acudir al procedimiento del artículo 29 constitucional, se considera que la autoridad sanitaria en su acuerdo sí podría restringir ciertos derechos humanos que se estimen necesarios para superar la contingencia (no suspender), pero de una manera leve o moderada, es decir, no tan intensa, siempre haciendo una ponderación o balance de todos los derechos implicados en aras de no interferir de manera grave o severa con cualquiera de ellos, a tal punto que lo lleve a su completo desconocimiento o vulnerar su contenido esencial, de acuerdo con lo anotado en el apartado de limitaciones a los derechos fundamentales (Alexy, 2002).

Esto es, en términos de la Resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las “restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020).



Para ello, la autoridad sanitaria tendría que haber recurrido al test de proporcionalidad tal y como lo define Alexy (2002, p. 147) —que se encuentra expresamente establecido en el artículo 29 constitucional para el caso de restricción y suspensión de derechos, como se destacó en el apartado correspondiente a las limitaciones de los derechos fundamentales— con el objeto de verificar que las medidas que atienden a la protección de un fin constitucional legítimo, como lo es el derecho a la salud, fueran las idóneas, necesarias y proporcionales para lograr su cometido, según cierta escala medible de restricción de los derechos, de tal suerte que no se lesionen de manera grave o hagan nugatorios otros derechos que interfieren en el logro de la finalidad constitucional, como bien pudiera ser, por ejemplo, el derecho de acceso a la justicia.

Un ejemplo muy sencillo sobre cómo opera lo antes dicho es la restricción impuesta por la autoridad sanitaria a la libertad de circulación, relativa al resguardo domiciliario corresponsable, que consiste en permanecer de manera voluntaria en el domicilio el mayor tiempo posible. Como se mencionó, la restricción a la libertad de circulación impuesta se estima de leve a moderada, porque no es un confinamiento de carácter obligatorio que lleve a una sanción en caso de incumplimiento.

Por lo que, si se hace una evaluación rápida de dicha medida, se tiene que en primer lugar atiende a un fin constitucional legítimo (la protección a la salud), por lo tanto se estima idónea porque guarda relación medio-fin, es decir, es apta para conseguir el fin constitucional legítimo. En cuanto a la necesidad, que atiende a buscar que la medida tomada sea la que menos interfiera de modo intenso o grave con otros derechos, se cumple, ya que, al no ser un confinamiento obligatorio, las personas tienen la oportunidad de disfrutar de su derecho a la libre circulación sin que nadie las sancione si deciden salir de sus domicilios. Y finalmente, en cuanto a la proporcionalidad de la medida, en función a la idoneidad y necesidad, se concluye que permite el cumplimiento del fin constitucional legítimo e interfiere en menor grado con el derecho a la libertad de circulación.

Consecuentemente, como se apuntó, la autoridad sanitaria competente sí tendría competencia para emitir medidas para contener el covid-19 que contengan ciertas restricciones leves o moderadas a los derechos, como la analizada muy superficialmente, sin tener que acudir al procedimiento del artículo 29 constitucional.

Empero, cuando las medidas dictadas por la autoridad sanitaria restrinjan de modo grave o severo otros derechos humanos, a tal punto de afectar el contenido esencial del derecho, así sea para cumplir con un fin constitucional legítimo como lo es la protección a la salud, en nuestra modesta opinión se tendría que acudir al procedimiento de suspensión de derechos previsto por el artículo 29 constitucional, ya que este viene reforzado por varias garantías a favor de las personas, que en principio impedirían que se tomaran decisiones arbitrarias sobre los derechos, según se analizó en su oportunidad (por ejemplo el artículo 29 constitucional señala los derechos humanos que no se pueden suspender bajo ninguna condición, un control parlamentario por parte del poder legislativo, la obligación de motivar las restricciones en función a la proporcionalidad de las medidas tomadas, la revisión oficiosa que debe efectuar la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el decreto de restricción o suspensión de derechos, entre otras).

Sobre el particular, y con la finalidad de que esto contribuya al debate y reflexión sobre el tema, en nuestra opinión, el acuerdo dictado por la Secretaría de Salud que se analiza contiene una serie de restricciones graves o severas a los derechos de libre empresa, comercio y empleo, que se materializaron con la suspensión de actividades consideradas como no esenciales, a partir de la definición por denotación de aquellas que se consideraron esenciales.

Lo anterior, porque en principio no se aprecia el criterio bajo el cual se definieron las actividades esenciales, lo que dejó a muchas otras empresas, comercios y personas sin posibilidad de seguir desarrollando su actividad. Y, además, no se puede percibir que la restricción para las actividades consideradas como no esenciales sea una medida idónea, necesaria y proporcional para conseguir el fin constitucional legítimo, y sí contiene una restricción severa a los derechos de libertad de empresa, comercio y empleo, porque conlleva una prohibición absoluta para aquellas actividades no esenciales.

En vista de lo anterior, se considera que el acuerdo en cuestión emitido por la Secretaría de Salud, en mayor parte se trata de un acuerdo de restricción severa de derechos humanos, por lo que se tenía que haber acudido al procedimiento previsto en el artículo 29 constitucional.

Incluso, en vísperas de un avance más preocupante de la pandemia, y teniendo en cuenta que la experiencia en otros países (como España, Francia e Inglaterra ) sugiere una restricción más severa al derecho de libre circulación, se considera que ni la Secretaría de Salud (ni mucho menos las autoridades estatales y municipales) tendrían atribuciones para decretar un toque de queda o limitaciones más severas a la libertad de circulación, por lo que necesariamente tendría que acudirse al procedimiento previsto en el 29 de nuestra carta fundamental.

De lo anterior se puede destacar la necesidad de un marco regulatorio más claro en materia de limitación de derechos fundamentales en los casos de una emergencia sanitaria como la que estamos atravesando, con la finalidad de dejar claro a las autoridades administrativas competentes (csg y Secretaría de Salud Federal), los derechos que puede limitar, los que no pueden limitar, su grado de afectación y limitación, la temporalidad de la limitación, y la posibilidad de un control parlamentario o judicial a posteriori. Ello con el objetivo de garantizar que las medidas dictadas por las autoridades competentes sean las idóneas, necesarias, proporcionales y sean lo menos invasivas de otros derechos humanos de igual importancia que el derecho a la salud y a la vida.

Adicionalmente, se observa con preocupación que algunas otras autoridades no competentes también han restringido y, hasta cierto punto, suspendido algunos derechos humanos, que de acuerdo con el artículo 29 constitucional no pueden suspenderse ni restringirse bajo la declaratoria prevista en ese mismo precepto y, mucho menos, por acuerdos adoptados por esas autoridades.

Como ejemplo podemos referir que el derecho a la protección judicial o el derecho de acceso a la justicia se vio mermado con el Acuerdo 3/2020, emitido por el máximo tribunal constitucional, el 17 de marzo de 2020, mediante el cual

Se suspenden actividades jurisdiccionales y, por ende, se declaran inhábiles los días que comprenden del dieciocho de marzo al diecinueve de abril de dos mil veinte, y se habilitan los días que resulten necesarios para proveer sobre la admisión y suspensión de controversias constitucionales urgentes (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020).

Asimismo, siguiendo la dinámica del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el pleno del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), con fecha 17 de marzo del 2020, emitió el Acuerdo General 4/2020, relativo a las medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación por el fenómeno de salud pública derivado del covid-19. En dicho acuerdo se determinó suspender las funciones jurisdiccionales en los órganos del Poder Judicial de la Federación del 18 de marzo al 19 de abril del 2020. Y como consecuencia de ello se determinó que:

no corrieran plazos y términos procesales, ni se celebraran audiencias y tampoco se llevaran a cabo sesiones de los Plenos de Circuito. Quedando exceptuados de la medida anterior, los órganos jurisdiccionales que se encuentren de guardia, exclusivamente para la atención de asuntos urgentes, entendiéndose por éstos, los comprendidos en los artículos 15 de la Ley de Amparo y 48, fracciones I, III a IX, XI y XII del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposiciones en materia de actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales (Consejo de la Judicatura Federal, 2020a).

Dichas determinaciones fueron ampliadas deliberadamente mediante diversos acuerdos, y se mantuvieron vigentes hasta el último día de julio del 2020, fecha en que se emitió el acuerdo para reanudar los plazos procesales y el funcionamiento escalonado de los órganos judiciales del poder judicial de la federación (Consejo de la Judicatura Federal, 2020b; 2020c; 2020d; 2020e; 2020f; 2020g).

Como se puede apreciar, si bien no se paralizó por completo la actividad jurisdiccional en los órganos del poder judicial de la federación, el derecho de acceso a la justicia se vio significativamente limitado desde el inicio de la pandemia en México. Ello aun cuando, de conformidad con el acuerdo de la Secretaría de Salud del 31 de marzo de 2020, *la administración de justicia fue considerada una actividad esencial*, y por ende, no podía haber sido restringida ni suspendida bajo ningún motivo.

Incluso dichas determinaciones de los plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal fueron seguidas por la gran mayoría de tribunales del país —un ejemplo de ello lo tenemos en el Estado de Durango, el cual también suspendió actividades de manera paralela a los órganos del Poder Judicial de la Federación—, lo que implica básicamente una interferencia grave al derecho de acceso a la justicia, el que de acuerdo con el artículo 29 constitucional no puede ser restringido ni suspendido ni siquiera bajo el procedimiento excepcional que prevé el precepto constitucional en cita.

Consecuentemente, nos parece reprochable la conducta de nuestro máximo tribunal constitucional, del pleno del Consejo de la Judicatura Federal y de la gran

mayoría de los tribunales del país, que so pretexto de la emergencia sanitaria originada por el covid-19 restringieron por un buen tiempo el acceso a la justicia, siendo un derecho constitucional y convencional que no puede restringirse, mucho menos suspenderse, ni aún en el contexto de una emergencia sanitaria (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

## 5. Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cea, J. (2002). *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1998). *Observaciones de la Comisión al escrito del Estado de Panamá de 29 de junio de 1998*. <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/baena/replica.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 10 de abril). Resolución 1 de 2020. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. Serie A N.º 8. Opinión Consultiva OC-8/87. [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.doc)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986, 9 de mayo). *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86. [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007, 4 de julio). Sentencia. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_166\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf).
- Fernández González, M. A. (2002). Aspectos constitucionales de la nueva ley de OPAS. *Revista Chilena del Derecho*, 29(3), 685-697. <https://www.jstor.org/stable/41613283>
- Häberle, P. (2003). *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*. Ed. Dykinson.
- México. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (1984, 7 de febrero). Ley General de Salud. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142\\_190221.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_190221.pdf)
- México. Congreso Constituyente. (1917, 5 de febrero). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf\\_mov/Constitucion\\_Politica.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf)
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020a, 18 de marzo). Acuerdo General 4/2020. *Relativo a las medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus covid-19*. Diario Oficial de la Federación. [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5589993&fecha=20/03/2020](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5589993&fecha=20/03/2020)

- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020b). Acuerdo General 6/2020. [https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral6\\_2020.pdf](https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral6_2020.pdf)
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020c). Acuerdo General 8/2020. [https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral8\\_2020.pdf](https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral8_2020.pdf)
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020d). Acuerdo General 10/202. [https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral10\\_2020.pdf](https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral10_2020.pdf)
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020e). Acuerdo General 12/2020. [https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral12\\_2020.pdf](https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral12_2020.pdf)
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020f). Acuerdo General 13/2020. [https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral13\\_2020.pdf](https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral13_2020.pdf)
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020g). Acuerdo General 21/2020. [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5597627&fecha=31/07/2020](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5597627&fecha=31/07/2020)México.
- México. Consejo de Salubridad General. (2009, 11 de diciembre). Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General. Diario Oficial de la Federación [http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/Reglamento\\_Interior\\_del\\_csg-2013.pdf](http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/Reglamento_Interior_del_csg-2013.pdf)
- México. Consejo de Salubridad General. (2020a, 23 de marzo). *Acuerdo del CSG por el que se reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (covid-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia*. Diario Oficial de la Federación. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5590161&fecha=23/03/2020](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590161&fecha=23/03/2020)
- México. Consejo de Salubridad General. (2020b, 30 de marzo). *Acuerdo del CSG por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (covid-19)*. Diario Oficial de la Federación. [http://dof.gob.mx/2020/csg/csg\\_300320\\_VES.pdf](http://dof.gob.mx/2020/csg/csg_300320_VES.pdf)México.
- México. Secretaría de Salud. (2020a, 24 de marzo). *Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*. Diario Oficial de la Federación. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020)
- México. Secretaría de Salud. (2020b, 31 de marzo). *Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2*. Diario Oficial de la Federación. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020&print=true](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020&print=true)
- México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020, 18 de marzo). Acuerdo General 3/2020. *Por el que se suspenden actividades jurisdiccionales (...)*. Diario Oficial de la Federación. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5589708&fecha=18/03/2020](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5589708&fecha=18/03/2020)
- Nogueira Alcalá, H. (2008). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I. (2.<sup>a</sup> ed.). Ed. Librotecnia.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

Organización de Estados Americanos. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Consultada el 22 de enero de 2021. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Organización Mundial de la Salud. (2020, 11 de marzo). *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la covid-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*. <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Pereira Menaut, A. (2006). *Teoría Constitucional*. Editorial Lexis Nexis.

Prado, M. (2007). Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas. *Revista Chilena de Derecho*, 34(1), 61-90. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100005>

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta.

Redacción Médica. (2020, 16 de marzo). Coronavirus, origen y evolución y por qué no es igual que el SARS y el MERS. En *Redacción Médica*. Consultada el 30 de marzo de 2020. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-origen-evolucion-por-que-no-es-igual-sars-mers-1429>



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

---

# El conocimiento privado del juez y la valoración de la prueba pericial en la responsabilidad penal médica

*The private knowledge of the judge and the assessment of the expert evidence in medical criminal responsibility*

Pastor Camilo Perafán Cardona<sup>1</sup>  
Sebastián Arenas Jaramillo<sup>2</sup>  
Juan David Luna Quintero<sup>3</sup>

Recibido: 29/01/2021 – Aceptado: 12/05/2021 – Publicado: 01/06/2021

**Cómo citar este artículo:** Perafán Cardona, P.C., Arenas Jaramillo, S. y Luna Quintero, J.D. (2021). El conocimiento privado del juez y la valoración de la prueba pericial en la responsabilidad penal médica. *Nuevo Derecho*; 17(28): 1-14. <https://doi.org/>

## Resumen

Al determinar la responsabilidad penal médica por conductas culposas, concretamente por homicidio y lesiones personales, el juez enfrenta su falta de preparación médica y se atiene al deber de imparcialidad inherente al sistema penal acusatorio y a las ineludibles exigencias propias de la prueba pericial. Ante esa situación se generan los siguientes interrogantes: ¿el análisis crítico del dictamen encuentra límite en el propio marco de referencia?, ¿está facultado el juez para consultar literatura no citada en la pericia y cuestionar sus postulados?, ¿puede, en definitiva, acudir a la literatura especializada para decidir al margen de los dictámenes practicados en juicio? Estos interrogantes, a su vez, invitan a la aproximación al objeto de prueba de la tipicidad en responsabilidad médica, a entender la importancia de la prueba pericial para acreditar la culpa, a reconocer lo fundamental de las garantías de imparcialidad y contradicción, y de la sana crítica y las reglas de la jurisprudencia en torno a la valoración de la prueba pericial. Se propone como solución comprender el deber del juez de valorar desde la sana crítica, la construcción y el concepto final llevado por el experto; concepto del que es posible apartarse solo cuando su edificación no sea idónea, clara, exacta, no tenga la suficiente aceptación científica o no sea consistente.

**Palabras clave:** conocimiento privado; valoración probatoria; responsabilidad médica; sana crítica; literatura especializada.

<sup>1</sup> Abogado titulado de la Institución Universitaria de Envigado; especialista en pedagogía de los derechos humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana y derecho penal y procesal penal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Juez penal del Circuito de Itagüí. Correo electrónico: [cpc\\_90@hotmail.com](mailto:cpc_90@hotmail.com).

<sup>2</sup> Abogado titulado con especialización en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Autónoma Latinoamericana y Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Sustanciador del Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Medellín. Correo electrónico: [ssarenasj9@gmail.com](mailto:ssarenasj9@gmail.com)

<sup>3</sup> Abogado titulado de la Universidad de Medellín. Especialista en derecho procesal civil de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho penal y procesal penal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: [lylabogadosmedellin@gmail.com](mailto:lylabogadosmedellin@gmail.com)

## Abstract

In determining medical criminal liability for culpable conduct, specifically homicide and personal injury, the judge is faced with a lack of medical preparation and follows the duty of impartiality inherent in the accusatory criminal system and the unavoidable requirements of expert evidence. Given this situation, the following questions arise: Does the critical analysis of the opinion find limits in the reference framework itself? , is the judge empowered to consult literature not cited in the expertise and to question its postulates? Can the Commission, in the final analysis, refer the matter to the specialist literature in order to take decisions outside the scope of the opinions delivered at the trial? These questions, in turn, invite us to approach the object of proof of medical liability, to understand the importance of expert evidence to prove guilt, to recognize the fundamental of guarantees of impartiality and contradiction, and of sound criticism and the rules of jurisprudence concerning the assessment of expert evidence. It is proposed as a solution to understand the duty of the judge to evaluate from the sound criticism, the construction and the final concept carried out by the expert; concept from which it is possible to depart only when its construction is not suitable, clear, accurate, not sufficiently scientifically acceptable or not consistent.

**Keywords:** Private knowledge; evidentiary assessment; medical liability; healthy criticism; specialized literature.

## 1. Introducción

Por su particular dificultad técnica, sin la participación de un perito versado en la materia, el proceso de responsabilidad penal médica resulta impensable. La calificación de la conducta clínica, además de presuponer precisos conocimientos teóricos y prácticos acerca de los sistemas de diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, es una tarea que no se desenvuelve bajo una lógica lineal. Y es que, aun si se prescindiera de los problemas de disponibilidad de recursos (que en un país empobrecido como el nuestro son bastantes y generalizados), se encontraría que la atención exitosa del paciente es una labor que enfrenta serios desafíos, e incluso que en su desarrollo el azar desempeña un importante papel (aunque en la medicina el espacio para la fortuna se intenta reducir a su mínima expresión, lo cierto es que los facultativos siempre trabajan en términos de probabilidad y no de certeza y, por ende, todas sus decisiones terapéuticas, en el fondo, conllevan una apuesta). Así las cosas, a la hora de evaluar el comportamiento médico, el censor tendría que incluir en sus cálculos variables, trabas y dificultades como las siguientes:

(i) el problema de la especialización que —si bien es necesaria por la inabarcable aprehensión del global conjunto de la ciencia médica, pues como asevera García Morente (2000): “a partir del siglo XVIII no queda ningún espíritu humano capaz de contener en una sola unidad la enciclopedia del saber” (p. 21)— implica un sesgo para la percepción del profesional, al incitar al analista a abordar sus consultas desde la perspectiva del funcionamiento del órgano o sistema que domina. Y es que, de acuerdo con los profesores Mark y Wong (2018), un atajo cognitivo utilizado frecuentemente es la dispo-



nibilidad heurística, que implica juicios basados en la facilidad con la que pueden recordarse casos previos o resultados similares, lo cual puede proporcionar buenos réditos, pero también es factible que dirija a sesgos cognitivos y juicios incorrectos.

(ii) Los factores de interferencia que pueden afectar los resultados de las pruebas diagnósticas, dando lugar a falsos hallazgos que terminarían por desviar fatalmente el curso del proceso curativo. Nicoll y Lu (2018) han explicado que asuntos internos, como la ingestión de fármacos y el uso de medios de contraste, o externos como los estados fisiológicos anormales, son los responsables del 75 % de los errores preanalíticos de los exámenes clínicos.

(iii) El acelerado avance de la ciencia médica, que ha traído consigo un gran número de pruebas de laboratorio y técnicas para el tratamiento, y que exige un detallado entendimiento del potencial, los límites y el alcance de las diversas alternativas, lo cual implica que las elecciones del profesional médico (que tendrán que estar orientadas por complejos raciocinios científicos) conlleven eventuales diferencias que impacten (para bien o para mal) la salud del paciente. En un proceso judicial afín, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Radicado 41245-SP8759, 2016a) concluyó que, dadas las circunstancias del caso, la prueba diagnóstica practicada por el acusado (observación arquitectural) era insuficiente e inconclusiva, por lo que se tendría que haber recurrido a otra más minuciosa (examen de inmunohistoquímica). Al respecto, la doctrina médica especializada ha señalado que: “El gran y creciente número de pruebas y las incoherencias en la nomenclatura de muchas de ellas han introducido desafíos significativos para los médicos, como, por ejemplo, seleccionar la prueba de laboratorio adecuada e interpretar correctamente sus resultados” (Nicoll y Lu, 2018, p. 1).

(iv) Los casos de enfermedades asintomáticas que, aunque latentes, no exteriorizan signos que las revelen, lo que dificulta su hallazgo y genera riesgos desconocidos frente a intervenciones que se vayan a realizar. El caso ejemplar es el de la infección por VIH que posee un periodo prodrómico o ventana, previo a la aparición de los primeros síntomas, en el cual pese a que “no se siente nada [...] sí se puede contagiar a otra persona” (Rodríguez Armario y Villegas Suárez, 1994, p. 2), revelándose, por tal característica de la enfermedad, no sólo riesgos para terceros, sino un peligro terapéutico (que es el que se resalta en este punto) para su portador, quien al desconocer su estado podría someterse a procedimientos que le son contraproducentes, y es que se dice que, a pacientes bajo tal condición (con un sistema inmune debilitado) “hay ciertas vacunas que no deben ponerse” (Rodríguez Armario y Villegas Suárez, 1994, p. 29).

(v) La heterogeneidad genética de los individuos que determina su susceptibilidad a las enfermedades y condiciona su respuesta a los medicamentos, y cuya comprensión ha sido definida por Feng et al. (2015) como el gran reto de la comunidad médica y científica en este siglo, lo que constituye, a su vez, un elevado desafío para el operador judicial, ya que, acorde con los últimos descubrimientos en el área, para definir el proceder médico más acertado, se tendría que conocer el genoma de cada individuo, lo cual conlleva la posibilidad de mejorar la predicción, prevención y tratamiento de las enfermedades, pero supone la adquisición de un saber mucho más especializado, que es el de la medicina molecular.

(vi) Los altos riesgos de ciertos procedimientos que pueden hacer aconsejable la renuncia a su práctica. Así, Nicoll y Lu (2018) han señalado que “los médicos deben sopesar los posibles beneficios contra los costos potenciales y los efectos adversos. Algunas pruebas conllevan un riesgo de morbilidad o mortalidad; por ejemplo, el angiograma cerebral conduce a un accidente cerebrovascular en 0,5 % de los casos” (p. 1).

(vii) La polivalencia de los mensajes que arrojan los síntomas corporales, y la confusión que de ello puede derivarse. Así, por ejemplo: “La apendicitis aguda puede simular casi cualquier otra enfermedad abdominal aguda, y a su vez, diversas enfermedades pueden imitarla” (Pennington y Burke, 2018, p. 1).

(viii) La radical inseguridad de la práctica de la medicina derivada del desconocimiento de muchas de las leyes que rigen las funciones del cuerpo humano, y es que

La actividad médica, por las especiales características de la misma: [implica una] radical inseguridad, [derivada del] desconocimiento (todavía) de muchas de las leyes que rigen las funciones del cuerpo humano o de las variables que determinan que éstas operen de modo distinto en función del individuo, [lo que conlleva a que este] sea un campo especialmente abonado para errores invencibles (Silva Sánchez, 1999, p. 14).

En el mismo sentido expresa la doctrina médica especializada lo siguiente

La conocida cita de Sir William Osler: “La medicina es una ciencia de incertidumbre y un arte de probabilidad” captura bien la compleja naturaleza de la medicina clínica. Aunque la ciencia de la medicina a menudo se enseña como si los mecanismos del cuerpo humano operaran con predictibilidad newtoniana, cada aspecto de la práctica médica está impregnado de un elemento de incertidumbre irreductible que el médico desdeña. La medicina clínica tiene sus raíces profundas en la ciencia, pero es una ciencia imprecisa. Más de 100 años después de que la práctica de la medicina asumiera su forma moderna, su núcleo todavía es un arte en el que los médicos individuales aplican grados diversos de habilidad y entendimiento. Con el crecimiento exponencial de la bibliografía médica y otra información técnica y un número siempre creciente de pruebas y opciones terapéuticas, los médicos del siglo XXI que buscan la excelencia en su práctica deben dominar un conjunto más diverso y complejo de habilidades que cualquiera de las generaciones que los precedieron (Mark y Wong, 2018, p. 1).

De ese panorama (que es apenas una aproximación a las complejidades de la actividad) puede concluirse que el juez natural, que generalmente carece de herramientas conceptuales y experiencia clínica para evaluar el desempeño del médico acusado, con la finalidad de cumplir su labor tendrá que apoyarse en las apreciaciones formuladas por el perito que declare en juicio, pero no solo porque prescinde de la preparación teórica y práctica para hacerlo, sino porque el principio de imparcialidad del artículo 5 de la Ley 906 (Congreso de la República, 2004) y la regla acusatoria del modelo de procesamiento penal colombiano le tienen proscrita la iniciativa probatoria. El maestro italiano Luigi Ferrajoli (1995) ha puntualizado que

Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, [...] [será] inquisitivo [...] todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa (p. 564).

De lo que se infiere que, al optarse en este país por un mecanismo de procesamiento criminal de tendencia acusatoria, se le ha negado al juez la iniciativa de investigación, siendo este un asunto sobre el que ha conceptualizado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos

Uno de los aspectos que guarda singular importancia con la debida imparcialidad del juez es el referido a la atribución que en materia de pruebas ostenta, pues, en términos de teoría general, el sistema acusatorio que debe preservarse durante la etapa del juicio implica que sólo a las partes les corresponde la iniciativa en ese rubro, debiendo el fallador mantenerse ajeno al impulso oficioso de incorporar pruebas en la causa, ya que toda actitud mediante la cual por sí solo pretenda obtener el ingreso de elementos de conocimiento o de orientar el sentido de los propuestos por los intervinientes, hace evidente una predisposición o inquietud de parte, indistintamente que sea originado en pro o en contra de alguna de ellas, y tal proceder es inconciliable con la equidistancia y ecuanimidad que debe guardar el juez con los sujetos y el objeto de la controversia (Corte Suprema de Justicia, Radicado 39257, 2013b)

Este concepto ha sido reiterado por el alto tribunal en decisiones más recientes, como la que se cita a continuación

Acorde con los postulados constitucionales de los artículos 29, 228, 230 y 250, la imparcialidad del juez debe mantenerse a toda costa en el diligenciamiento, matiz que se resalta con la clara separación de las funciones de investigación y juzgamiento propia del modelo procesal colombiano implementado con la Ley 906 de 2004, lo cual conlleva a que el funcionario establezca la verdad de lo acontecido con toda la objetividad posible y decida con total equilibrio (Corte Suprema de Justicia, Radicado 4366-SP3964, 2017a).

¿Esto implica que el análisis crítico del dictamen deba circunscribirse a su propio marco de referencia?, ¿está facultado el operador judicial para consultar literatura no citada en la pericia y, con base en ella, cuestionar los métodos o conclusiones del experto? Para formular respuestas a tales interrogantes en el presente artículo: (i) se analizará el tema del objeto de prueba de la tipicidad respecto al par de figuras delictuales de responsabilidad médica de mayor recurrencia; (ii) se expondrán unas cuantas reflexiones en torno a las garantías procesales de imparcialidad y contradicción; (iii) se analizarán el postulado de la sana crítica y las reglas que la jurisprudencia nacional ha diseñado sobre el estudio y la valoración judicial de las evidencias y (iv) se propondrá una fórmula de solución al problema de investigación planteado.

## 2. Objeto de prueba de la tipicidad en materia de responsabilidad médica

Aunque el personal médico, por el ejercicio de su profesión, puede verse incurso en pleitos penales por delitos dolosos como el homicidio por piedad, las lesiones al feto, la ayuda al suicidio, el aborto, la omisión de socorro, o la manipulación genética (Congreso de la República, Ley 599, 2000, arts. 106, 125, 107, 122, 131, 132), en este primer acápite se centrará el estudio únicamente en los asuntos relativos a las modalidades culposas de las lesiones personales y el homicidio (Ley 599, 2000, arts. 109 y 120), pues solo en estos últimos supuestos existe discusión acerca de la buena o mala práctica clínica, cuya difícil determinación, como acaba de indicarse, es la que justamente nos ha dirigido a los cuestionamientos de esta investigación.

En este orden de ideas, para que se acredite la existencia de esas tipologías delictuales culposas, el primer requisito que debe evidenciarse es el alusivo al comportamiento, activo u omisivo, del profesional que ocasione, por causalidad o nexo de evitabilidad, la muerte o la lesión del paciente. En segundo lugar, tendrá que comprobarse que ese resultado le es imputable objetivamente al justiciado, siendo necesario corroborar, para ello, que el facultativo, al violar su deber objetivo de cuidado, ha creado un riesgo desaprobado socialmente, y que ha sido precisamente esa amenaza la que se ha materializado en el daño. Por último, será forzoso certificar que el fatal desenlace era previsible y evitable (Ley 599, 2000, arts. 9, 10, 23 y 25).

Como podrá ser intuido, en el proceso de constatación de cada uno de los elementos descritos, el concepto científico de los peritos que testifiquen terminará siendo decisivo. La previsibilidad y evitabilidad de los daños se evaluará a la luz del particular conjunto de conocimientos, técnicas de diagnóstico y métodos de tratamiento del que dispusiere el profesional en el instante de los sucesos sometidos a juicio, y, por ende, al ser interrogados, los expertos tendrían que precisar si, con la información que se poseía, era posible pronosticar el accidente, y, si acaso, al divisarse su potencial ocurrencia, existían medidas que podrían haberse implementado para impedir su materialización. En lo concerniente al nexo naturalístico de las comisiones imprudentes, y el vínculo hipotético de evitación de las omisiones culposas, acontece algo similar, pues solo con la profesional comprensión de las leyes causales que rigen el funcionamiento del cuerpo humano se puede concluir si la conducta del médico propició, o no, la lesión o muerte del paciente. Sucede lo mismo en la imputación objetiva, la cual, según Jakobs (1997), está fundamentada en el criterio de la creación de riesgos desaprobados, cuya delimitación puede estar dada por la ley, pero que en el caso de la medicina suele estar definida, además, por reglas técnicas o referencias al hombre medio, siendo, en consecuencia, el saber especializado el que perfilará, en gran parte, las fronteras entre el ejercicio lícito de la labor curativa y las prácticas no toleradas. No se puede dejar de lado que, en el proceso de determinación de los riesgos aprobados, se suscitan discusiones en torno a la estimación o descarte de los conocimientos especiales del autor, se aplica la regla de la prohibición de regreso, se reconoce el valor del principio de confianza y se contemplan los supuestos relativos a la competencia de la víctima. Valga precisar que la reconstrucción de las pautas de comportamiento que constituirían el terreno de los riesgos permitidos en el desempeño de actividades médicas es una labor que

presupone la articulación de diversos (y dispersos) enunciados normativos y preceptos técnicos que, al ser conjugados, darán como resultado pensamientos imperativos de alta complejidad. En su texto de introducción al derecho, al explicar la diferencia existente entre norma y enunciado normativo, el profesor Henry Roberto Solano Vélez (2016), respecto al ensamblaje de las numerosas fuentes de las que, habitualmente, se derivan las reglas de derecho aplicables a cualquier materia, indica lo siguiente

Los enunciados normativos pueden clasificarse [...] [en] enunciados normativos completos e incompletos; aquellos expresan la totalidad de una norma, expresan todos los elementos que integran una norma; estos, y son la gran mayoría, expresan tan sólo un fragmento de la norma. Respecto de estos últimos, para obtener la norma completa, el intérprete ha de descubrir los distintos fragmentos que de ella se expresan a través de varios enunciados normativos. Así, por ejemplo, [...] para obtener una norma penal completa, el intérprete deberá desentrañar, descubrir el fragmento que de ella se expresa en el enunciado normativo vertido en la parte especial del Código Penal; luego, el intérprete deberá integrar ese fragmento de la norma con los demás fragmentos que de esta se encuentran expresados a través de los enunciados normativos que integran la parte general (pp. 107-109).

Se debe anotar, complementando lo anterior, que los tipos culposos (como los de responsabilidad médica que se analizan en este acápite) son de naturaleza abierta y, para determinar su objeto de prohibición, es necesario recurrir a otras pautas extrape-nales e incluso ajenas a la regulación estatal administrativa. En efecto, en su libro de Derecho Penal (Parte General) al abordar el tópico de los tipos comisivos culposos, el profesor Fernando Velásquez Velásquez (2017) expresa lo siguiente

la característica esencial de esta clase de figuras típicas comparadas con las dolosas es la forma como el legislador individualiza el comportamiento prohibido: mientras que en estas últimas los comportamientos objeto de prohibición se encuentran casi siempre determinados mediante una descripción más o menos precisa, en aquellas la conducta aparece indeterminada, aunque es determinable en cada caso concreto. Así las cosas, la técnica legislativa utilizada por el codificador es distinta: sanciona cualquier conducta causante de un determinado resultado lesivo, siempre y cuando éste sea previsible y viole un deber de cuidado de modo determinante para la producción del resultado: los tipos imprudentes son, pues, abiertos, dado que el juez debe complementarlos mediante una cláusula de carácter general no contenida en ellos y en la cual se establece el deber de cuidado (pp. 433-434).

Lo anterior explica que, en casos como el de las “transfusiones de sangre contaminada del Hospital Bellvitge en Barcelona, analizado en la STS de 18 de noviembre de 1991” (Silva Sánchez, 1999, p. 17), pese a que en el reglamento correspondiente no se exigía a los bancos de sangre efectuar a las donaciones pruebas de detección de anticuerpos anti-VIH, se haya imputado a título de imprudencia el daño ocasionado por no efectuarlas (vínculo hipotético de evitación), ya que, para la época de los hechos, en el medio médico, se conocían con suficiencia los riesgos de contagio de SIDA en transferecias sanguíneas. Este es, como se ve, un ejemplo de la reconstrucción de la norma aplicable a través de la conjugación de los diversos parámetros de conducta del área

bajo revisión (no se tuvo en cuenta únicamente el reglamento y, de hecho, lo que aquel disponía resultó irrelevante para el caso). Silva Sánchez (1999) ha recalcado que “la integración del concepto jurídico-penal ‘infracción del deber de cuidado’ no tiene por qué recurrir a una normativa administrativa incompleta u obsoleta, cuando resulta que existen ‘standars’ objetivos sectoriales de conducta más exigentes” (p. 19). En la misma línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia (2016a) de nuestro país señaló que

En materia de procedimientos médicos, los protocolos no son una especie de lista inflexible previamente elaborada, a la manera de un catálogo de instrucciones o, en términos jurídicos, una suerte de código de procedimiento, que fija y manda de manera exhaustiva qué es lo que se debe hacer frente a situaciones hipotéticas. Sería tanto como pensar que el operador judicial dispone de un catálogo taxativo de reglas de experiencia para apreciar las pruebas, o bien que cuenta con un reglamento que le enseña cuáles pruebas debe practicar frente a un caso dado, para satisfacer el deber de investigación integral. El protocolo no opera así; este está configurado por el conjunto de prácticas y procedimientos médicos que la comunidad científica ha admitido y aceptado como eficaces, pero su concreción, en últimas, depende de otros factores como la situación y antecedentes específicos de cada paciente, los medios científicos al alcance en un momento dado, y el criterio y experiencia del profesional (Radicado 41245-SP8759).

El horizonte descrito, que pone de presente el complejo raciocinio que debe elaborar el juez para evaluar la tipicidad de este tipo de comportamientos, permite concluir que —si bien existe libertad probatoria (Ley 906 de 2004, art. 373) y, en principio, las partes podrían optar por recurrir a otros medios de conocimiento— en asuntos de responsabilidad médica, para reconocer la existencia de los elementos de los tipos penales bajo examen, el peritazgo o el testimonio técnico resultan indispensables, no porque sea improcedente invocar otras formas de prueba, sino porque a la hora de su valoración se descubrirá que la información de declarantes legos, los documentos, las inspecciones, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (Ley 906 de 2004, art. 382) no sometidos al estudio de los respectivos expertos será tan incipiente que el juicio derivará en una necesaria absolució por operancia de las reglas contenidas en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal sobre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* (Congreso de la República, Ley 906, 2004), sin descartar, por supuesto, la posibilidad de que la defensa haya acreditado a plenitud la inocencia.

Es prudente resaltar que, dada la carga probatoria que nuestro ordenamiento ha asignado al órgano de persecución penal (Ley 906 de 2004, art. 7, inciso segundo) es a este a quien incumbe, en primer lugar, obtener los conceptos de expertos que respalden su tesis inculpativa, pero nada obsta para que la defensa cite los propios (Ley 906 de 2004, arts. 8, literal k, 267, 268, 270, 407 y 412).

### 3. Garantías procesales de imparcialidad y contradicción

“El juez que no presta audiencia sino a una sola parte, se asemeja a un ciego: sólo por pura casualidad halla la buena senda”

GOLDSCHM IDT (1950, p. 283)

Como modelo de encausamiento fundado en el enfrentamiento de intereses, argumentos y postulaciones de partes antagonistas, el proceso acusatorio penal tiene por base epistémica al sistema de depuración dialéctico de las ideas, en cuya virtud sostiene Popper (1991) que

Hay cosas —muy especialmente, el pensamiento humano— que se desarrollan de una manera caracterizada por lo que se llama la tríada dialéctica: *tesis, antítesis y síntesis*. Primero se da una idea, teoría o movimiento que puede ser llamada una “tesis”. Esta tesis a menudo provoca oposición, porque, como la mayoría de las cosas de este mundo, probablemente será de valor limitado y tendrá sus puntos débiles. La idea o movimiento opuesto es llamada la “antítesis” porque está dirigida contra la primera, la tesis. La lucha entre la tesis y la antítesis continúa hasta llegar a una solución que, en cierto sentido, va más allá que la tesis y la antítesis al reconocer sus respectivos valores, tratar de conservar los méritos de ambas y evitar sus limitaciones. Esta solución, que es el tercer paso, es llamada la *síntesis*. Una vez alcanzada, la síntesis puede convertirse a su vez, en el primer paso de una nueva tríada dialéctica, lo cual ocurrirá si la síntesis particular alcanzada es unilateral o presenta cualquier aspecto insatisfactorio. Pues, en este caso, surgirá nuevamente la oposición, lo cual significa que se puede considerar la síntesis como una nueva tesis que ha provocado una nueva antítesis. De este modo, la tríada dialéctica pasará a un nivel superior, y puede llegar a un tercer nivel cuando se haya alcanzado una segunda síntesis (p. 377).

De acuerdo con lo anterior se espera que, a través del cruce argumental protagonizado por fiscalía y defensa, el juez que instruye el caso se aproxime a la realidad desde la doble perspectiva del acusador y el inculcado. Cada una de las partes aporta fragmentos relevantes del relato que servirán al fallador para reconstruir la historia; las críticas recíprocas que a las hipótesis contrarias formulan los adversarios resultan ser altamente fecundas, ya que resaltan aquellas lagunas o inconsistencias de cada una de las narraciones o, por el contrario, terminan de reafirmar la solidez de las declaraciones que superan las objeciones que se les eleven. El sistema contempla la posibilidad de escalar dialécticamente las discusiones, otorgando a los contendientes un conjunto de recursos —reposición, apelación y casación— en los artículos 176 y 180 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de la República, Ley 906, 2004) y acciones —revisión y tutela contra providencia judicial— en los cánones 192, *ibídem*, y 86 de la Constitución Política, medios que reabren los debates sometiendo a análisis —del mismo funcionario o de uno superior— las decisiones que tome el juez. Eso sí, se ha reconocido que, pese a que el choque de razones podría seguir refinando las conclusiones del caso, un proceso ilimitado —además de ser insostenible— conllevaría a la zozobra (Corte Suprema de Justicia, Radicado 45072 -SP4235, 2017b), por lo que se hace forzoso que,

tras agotar algunas instancias —las que la ley y la constitución determinen—, se conceda a las providencias el “carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no...[resulte] admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 45072 -SP4235, 2017b). En este sentido, explica Luigi Ferrajoli (1995) que

A diferencia de otros tipos de investigación, la comprobación jurisdiccional [...] debe concluir en algún momento: así pues, si el dilema no es resoluble, prevalece la hipótesis más favorable al acusado gracias a una regla jurídica sobre las condiciones de aceptabilidad de la verdad procesal (p. 54).

Ahora bien, sin obviar que “la justicia humana no puede ser más que una justicia parcial [...] [y] todo lo que se puede hacer es tratar de disminuir esta parcialidad” (Carnelutti, 1997, p. 31), para que la triada dialéctica del proceso penal funcione, el individuo fallador, que es a quien se ha encargado la labor de resolver la tensión entre las partes, debe asumir, en la medida de las posibilidades, pero siempre con una tendencia al mayor nivel alcanzable, una actitud de objetividad, y ello es así por razones políticas y por razones gnoseológicas. Las razones políticas se explican, *grosso modo*, con los siguientes conceptos

La importancia de la imparcialidad judicial radica en la necesidad de su existencia para tener por configurado un proceso como debido. Y esto se justifica en la legitimidad que ella otorga al juez como tercero ajeno al litigio para resolverlo [ya que] Las partes sólo pueden concebir la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses por un tercero si éste actúa en base al respeto de los derechos de ambas (Picado Vargas, 2014, p. 38).

Sobre este asunto (citando a la Corte Constitucional) ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2016b) que

La garantía de la imparcialidad se convierte no sólo en un elemento esencial para preservar el derecho al debido proceso, sino también en una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de Derecho, a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática (Radicado 47115).

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional (1996), al manifestar que

La imparcialidad es un asunto [...] de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honrabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos (Sentencia C-037, revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara).



Por su parte, las razones gnoseológicas nos indican que: “ningún hombre llega a apoderarse de la verdad [...]. Aquella que cada uno de nosotros cree la verdad, no es más que un aspecto de la verdad; algo así como una minúscula faceta de un diamante maravilloso” (Carnelutti, 1997, p. 65). Por lo tanto, no resulta recomendable que, como se hace en los modelos de corte inquisitivo, el funcionario judicial adopte hipótesis que se evalúan a lo largo del proceso, incrementando el riesgo de caer en sesgos cognitivos de confirmación que terminarían por extraviar la respectiva investigación y que, de hecho, romperían con el principio de igualdad de armas. Acerca de este error sistemático del razonamiento inductivo, el profesor Arturo Muñoz Aranguren (2011), precisamente en un texto dedicado a la influencia de este tipo de tergiversaciones en las decisiones jurisdiccionales, explicó que se trata de un proceso mental que

Se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis (p. 8).

Resulta, entonces, de vital importancia impedir que en el servidor judicial se instauren maquinaciones mentales de tal naturaleza

La neutralidad y ecuanimidad del juez debe reinar no solo en las decisiones que adopte, sino en todas sus actuaciones procesales para preservar la franqueza que rodea el juego dialéctico de la tesis y antítesis planteadas en el juicio cuando se enfrentan la postura de la fiscalía frente a la expuesta por la defensa (Corte Suprema de Justicia, Radicado 4366-SP3964, 2017a).

Lo correcto, como sabiamente hizo notar el maestro Francesco Carnelutti (1997), es que sean los contendientes quienes formulen teorías parcializadas que irán perfilando, en dinámica dialéctica, la realidad de los hechos, el defensor y el acusador sirven de esa manera –abogando por sus intereses abanderados– al interés impersonal de la justicia, el primero aporta todas las razones (probatorias y dogmáticas) que puedan servir para la declaratoria de inocencia de su asistido, y el segundo contribuye con todos los argumentos para el decreto de su culpabilidad, ofreciendo al fallador una visión multidimensional, y por ende más completa, del objeto de su juzgamiento (p. 65).

Este llamado a la imparcialidad implica, por un lado (aspecto subjetivo de la garantía), que el juez únicamente “[conozca y decida] asuntos que le sean ajenos, es decir, en los que no tenga de por medio ninguna clase de interés directo o indirecto en los resultados del proceso” (Corte Suprema de Justicia, Recusación 201800594-00, APL5514, 2018a), y por otro (aspecto objetivo), que “[no haya] tenido contacto anterior [o paralelo pero exterior al proceso] con el objeto de decisión” (Corte Suprema de Justicia, 2018a), pudiéndose acudir al régimen de recusaciones (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 60) para

desplazar al funcionario del que se sepa que posea alguno de aquellos impedimentos (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 56) y estando, en todo caso, el servidor obligado a expresarlo y a abstenerse de hacer uso de su conocimiento privado en las decisiones que profiera (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 16, en concordancia con el 162.4, el 372 y el 381 del mismo estatuto). La prohibición de la inclusión de información obtenida por cauces distintos a los estipulados por la ley para el proceso tiene íntima relación con el derecho a la defensa, puesto que solo es posible someter a contradicción (art. 378, *ibidem*), refutar y cuestionar la credibilidad de medios de conocimiento que sean expuestos en el juicio, y las memorias y representaciones del juez no son filtradas por el exhaustivo debate que valida las pruebas practicadas en el avistamiento público. Se podría alegar que el interesado aún cuenta con la posibilidad de impugnar las providencias, pero ello es fácilmente rebatible, no solo porque hay decisiones que no pueden ser recurridas (como aquella que resuelve la impugnación especial reglada en la Sentencia C-792 de 2014 de la Corte Constitucional y el Auto AP 1263-2019 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2019a), sino porque, al igual que lo que ocurre con la prueba de referencia, prohibida por regla general en el proceso penal (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 438), al no poder confrontarse al individuo que aporta la información (que en el caso del conocimiento privado es el propio juez) dicho instrumento de convicción pierde confiabilidad (Corte Suprema de Justicia, Radicado 50723 -SP6538, 2018b). El profesor Luigi Ferrajoli (1995) ha explicado que

En el derecho penal, la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos [...] La coherencia y la aceptabilidad justificada son [...] los criterios subjetivos conforme a los que el juez evalúa y decide sobre la verdad o la fiabilidad de las premisas probatorias de la inducción del hecho y de las interpretativas de su calificación jurídica [...]: la coherencia, para afirmar que la tesis avanzada está confirmada y/o no refutada por una o varias pruebas recogidas y por una o varias interpretaciones jurídicas de otras normas y que, por tanto, es verdadera respecto del conjunto de los conocimientos de que disponemos; y la aceptabilidad justificada, para afirmar que tal conjunto, incluida la tesis avanzada, es más satisfactorio o plausiblemente verdadero que cualquier otro a causa de su mayor capacidad explicativa (p. 144).

Concluyéndose de lo expuesto que es gracias a la mutua contradicción de las evidencias auxiliadas por los dos extremos en disputa que el operador judicial puede aproximarse a la verdad, estando ello vinculado a la prevención de condenas injustas, máximo imperativo ético del proceso penal

Verificabilidad y verificación de las motivaciones [...] son [...] las condiciones constitutivas de la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales. Y valen como tales para garantizar ese específico derecho fundamental que interesa al derecho penal que es la inmunidad del ciudadano inocente frente a puniciones arbitrarias (Ferrajoli, 1995, p. 543).

#### **4. El postulado de la sana crítica y las reglas que la jurisprudencia nacional ha diseñado en torno al estudio y valoración judicial de la prueba pericial**

Como se ha visto, la adopción de un sistema penal de corte o tendencia acusatoria implica que entre las partes enfrentadas en juicio se presenten medios de prueba que den sustento a cada tesis, los cuales, a la luz de lo reglado por el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de la República, Ley 906, 2004), deberán ser apreciados en conjunto, remitiéndose allí a los criterios de valoración señalados en los respectivos capítulos del estatuto del procedimiento penal, y en el caso particular de la prueba pericial, cuya importancia en debates sobre la responsabilidad médica ya fue tratada, remite el legislador nacional al canon 420 de la misma obra, donde se establecen como criterios para la apreciación de la prueba pericial

La idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas (Congreso de la República, Ley 906, 2004).

Estos no son más que postulados de la sana crítica, entendida como “las reglas del correcto entendimiento humano” (Couture, 1958, p. 270).

La jurisprudencia nacional, en la Sentencia C-202 (Corte Constitucional, 2005) con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería, definió el sistema de la sana crítica o persuasión racional como aquel en el cual el fallador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, requiriéndose de parte del juez una motivación con la expresión de las razones tenidas en cuenta para determinar el valor de cada medio de convicción, con apego a las citadas reglas.

Sobre lo anterior, en las conclusiones de la providencia referida, la Corte Constitucional citó el concepto doctrinal traído a colación en el salvamento parcial de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz de la Sentencia C-622 de 1998, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz

Ese concepto [el de la sana crítica] configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Se debe hacer hincapié en que el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre el cual se ha fundado la sentencia es concebido como una causal de casación por el numeral tercero del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, y con ello se quiere decir que el legislador ha dado especial importancia a los criterios de valoración probatoria, estableciendo como una causal de anulación de las sentencias la afectación de derechos o garantías fundamentales por el llamado error de hecho por falso juicio de existencia.

Error que, como se consideró (Corte Suprema de Justicia, Auto interlocutorio 15754, 2006), únicamente puede darse de dos formas: por omisión, dado que el juez ignoró una prueba llevada al proceso, o por suposición, cuando el fallador incluyó entre sus consideraciones un medio de conocimiento que no fue debidamente incorporado, evento que se ubica dentro del fenómeno del conocimiento privado del juez, proscrito para ser usado en sentencias por el inciso segundo del artículo 435 del Código de Procedimiento Penal.

Dicho esto sobre el postulado de la sana crítica como sistema de apreciación probatoria, se aterrizarán los conceptos aludidos concatenándolos con las reglas que la jurisprudencia nacional ha diseñado en torno a la valoración judicial de la prueba pericial. Antes de ello hay que referir las conclusiones acerca de las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia a las que arribó la Corte Suprema de Justicia con la ponencia del magistrado Eyder Patiño Cabrera, en la que se indicó sobre las máximas de la experiencia que

Son premisas cuyo fundamento cognoscitivo se construye a partir de patrones de comportamiento válidos con pretensiones de generalidad en un contexto sociohistórico específico, que son previsibles y homogéneos para la comunidad de un lugar determinado dada su repetición y reproducción bajo similares presupuestos de concreción (Corte Suprema de Justicia, Radicado 48265-SP1962, 2018c).

Respecto de los postulados de la lógica formal sostiene la jurisprudencia nacional, en concreto en la Sentencia 34134 del 5 de junio del 2013, con ponencia del magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, que

Son proposiciones que responden al principio de conocimiento y que, por lo tanto, representan adecuadamente la realidad y la verdad a partir de la verificación de las alternativas posibles de inferencia racional, entre ellos, como se consideró en la sentencia con radicado 42.602 del 24 de septiembre del 2014 con la ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero. (Corte Suprema de Justicia, Radicado 34134, 2013a)

Por su parte, las leyes de la ciencia deben ser siempre comprobables, lo que exige que el juez

En el proceso de ponderación de los medios de prueba se apoye, bien en postulados científicos, reglas de la experiencia o axiomas lógicos que gocen de los presupuestos de universalidad, generalidad y abstracción, de tal forma que, desde un examen deductivo, individual y en conjunto del acervo probatorio, logre identificar el valor suasorio que más se ajuste a la racionalidad (Corte Suprema de Justicia, Radicado 39257, 2013b).

En cuanto a las reglas diseñadas para la valoración de la prueba pericial resulta clave para este estudio la decisión que en sede casación tomó la Corte Suprema de Justicia (Radicado 49047-SP070, 2019b) con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, en la que se precisó el deber de valorar la prueba pericial como los demás medios de prueba, es decir, de manera racional, con sujeción a los parámetros de la sana crítica, no de manera incondicional o mecánica ante los dictámenes de los especialistas. Para mayor claridad, se citó allí la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (2009) en la Sala de Casación Penal en fallo con radicado número 31795, en la que se dijo que

Como ocurre con todos los medios probatorios, la pericial debe ser considerada racionalmente por el juez, porque en la apreciación del dictamen resulta imperativo tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos que obren en el proceso. Por ello de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia ha entendido que los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, de modo que resulta intolerable una actitud pasiva o de irreflexiva aceptación del juez frente al dictamen, pues fácilmente pueden potenciarse y extenderse los errores que como humano puede cometer el perito (Corte Suprema de Justicia, Radicado 31795, 2009).

No obstante, se debe tener en cuenta la siguiente salvedad

Todo bajo el entendido de que no debe aceptar como una verdad apodíctica las conclusiones por el simple hecho de provenir de un experto, porque, a manera de ejemplo, es posible que el dictamen haya sido emitido por el profesional más calificado, pero: (i) la técnica utilizada solo sirva de orientación, o permita establecer en un nivel medio de probabilidad que un determinado hecho pudo haber ocurrido (Art. 417); (ii) las características del caso objeto de decisión judicial sean sustancialmente diferentes a las de la muestra utilizada para los experimentos o estudios a los que alude el perito, etcétera (Corte Suprema de Justicia, Radicado 50637-SP2709, 2018d).

Se considera, entonces, que el objeto de valoración en la prueba pericial no es la conclusión del perito, sino el procedimiento en el que este sustenta sus afirmaciones, tal y como precisó la Corte Suprema de Justicia

En el proceso de reconstrucción histórica de la conducta punible, se pueden presentar circunstancias donde se requieren conocimientos extrajurídicos ajenos al funcionario judicial, motivo por el cual debe acudir al auxilio de personas versadas en esos temas para que lo ilustren, como son los peritos. Sin embargo, recuérdese que el medio de prueba no es propiamente el dictamen del perito, sino el procedimiento técnico científico empleado para su examen, pues es éste el que en definitiva el que convencerá al juez de su acierto o desatino. Por ello se ha dicho que cuanto interesa al juzgador tratándose de pericia documentaria no es la conclusión en sí, sino la forma como fue adoptada (Corte Suprema de Justicia, Radicado 32882-232213, 2012a).

Lo anterior quiere decir que el fallador puede apartarse del dictamen pericial cuando este no supere la valoración racional. Esto es, el postulado de la sana crítica se aplica no a la conclusión del dictamen, sino al procedimiento llevado a cabo por el perito para llegar a sus conclusiones, lo cual se compadece con los criterios de apreciación de la prueba pericial contenidos en el artículo 420 de la Ley 906 del 2004.

Aunado a esto, se debe indicar que en el sistema de procedimiento penal que ha adoptado nuestro ordenamiento jurídico, como se ha acotado en líneas anteriores, de manera legítima el juez se puede apartar del dictamen pericial porque este no supere positivamente la crítica hecha sobre reglas científicas aplicadas al caso en concreto, pues puede requerirse para el respectivo caso alejarse la probabilidad y acercarse a un grado certeza, mas no podría apartarse el juez aduciendo un mejor criterio científico allegado por él mismo a la fundamentación de su decisión, pues como se advirtió en precedencia, podría darse lugar a un falso juicio de existencia por suposición, lo cual viciaría la sentencia.

Sin embargo, en este repaso jurisprudencial es necesario mencionar un proceso en el que, al estudiar la absolución de un médico cirujano por el punible de lesiones personales culposas, el magistrado Bustos Ramírez hizo salvamento de voto (Corte Suprema de Justicia, Radicado 33920, 2012b) y sostuvo que la Corte sorprendió a la defensa dejando de lado los precisos términos de la acusación, abandonó el contenido de la pericia científica y acudió a las manifestaciones de legos en la materia, con base en documentos de apariencia científica que no fueron materia de controversia durante la investigación o el juzgamiento.

La Corte Suprema de Justicia, en su mayoría, consideró que el error del profesional de la salud se presentó en el procedimiento quirúrgico y que dicho desacierto causó las lesiones en la paciente; mientras el salvante expuso que

A partir de ahora va a generarse de manera equivocada, por ende nociva para la funcionalidad del modelo de procesamiento penal, en el sentido que los jueces se hallan facultados

por el ordenamiento para prescindir de la pericia científica y realizar sus propias averiguaciones sobre el estado de la ciencia de cuyo conocimiento de ordinario carecen y, a partir de allí, supliendo a los doctos en la materia, expresar particulares criterios sobre un caso concreto, a la mejor manera de aquello que se ha convenido en denominar “el conocimiento privado de juez. [Seguidamente, dijo que:]

Por ello llama la atención que en la decisión se afirme que el médico procesado ha debido realizar la cirugía de tal o cual modo, o aplicar determinados procedimientos, o recetar un específico medicamento porque así aparece en alguna literatura consultada a propósito de la decisión, sin posibilidad alguna de permitir la controversia de las partes, pues no puede olvidarse que aún en el caso del dictamen pericial, la ley les confiere la oportunidad de pedir aclaración o incluso de presentar objeción por error grave u ostensible (Corte Suprema de Justicia, Radicado 33920, 2012b).

## **5. ¿Puede o no el juez acudir a la literatura médica especializada para decidir al margen de los dictámenes practicados en juicio? Propuesta de solución al problema planteado**

Advertida ya la relevancia de las garantías de la imparcialidad y la contradicción, no parece admisible la idea de ofrecer al fallador funciones inquisitivas que tergiversarían su labor, perturbarían las finalidades del proceso y degradarían considerablemente las oportunidades de defensa del acusado. Aunque es cierto que el juez tiene la obligación de analizar críticamente las evidencias que se le presenten (Congreso de la República, 2004, Código de Procedimiento Penal, arts.: 380, 381, 404, 420, 432) al exhortarlo a adelantar investigaciones teóricas acerca de la pertinencia de la actividad médica desempeñada, se lo estaría situando en la posición de parte, subrayándose que

Un juez que ha tenido participación en la construcción y elaboración del proceso, [y] en la búsqueda de la prueba, no puede separar de su psiquis la finalidad de perseguir, por lo que, no puede exigir[se] le posteriormente, que defina el asunto con imparcialidad y objetividad (Salazar Cote, 2015, p. 20).

Pero no es solo ello; resulta que si adelanta sus estudios y exploraciones de manera privada y de espaldas al juicio, los argumentos científicos que, en últimas, emplearía el juez para fundamentar su decisión no habrían sido sometidos a la necesaria contradicción, con lo que negaría la posibilidad del escalamiento dialéctico de las conclusiones y restringiría seriamente el derecho a la defensa del procesado. También se corre el riesgo de que el operador extienda deducciones genéricas de experimentaciones a un caso particular para el que no sean válidas. Se recuerda que, aunque compartimos rasgos biológicos, no existe una homogeneidad genética en nuestra especie, por lo que los cuerpos pueden reaccionar de formas muy diversas frente a la enfermedad, la lesión y el tratamiento clínico, siendo, en consecuencia, lo recomendable que si algún sondeo, examen o análisis médico-científico ha de practicarse, sea ejecutado directamente en el organismo del individuo que presuntamente haya sido afectado con el acto o la omisión

del facultativo, o se asegure que el individuo muestreado posea condiciones idénticas, por lo menos en lo esencial, al que se dice que ha sufrido el daño, y es que, en un área abundante en variables (muchas veces no identificadas) la extrapolación de resultados de eventos pasados a otros presentes o futuros, sin la respectiva corroboración de concordancia de criterios de análisis, extiende el margen de error a límites intolerables para el derecho penal de corte garantista.

Ahora, si al valorar una prueba pericial médica de descargo el fallador encuentra que esta posee graves falencias atribuibles a una defensa técnica mediocre (lo que podría ocurrir, por ejemplo, a causa de un equivocado direccionamiento del interrogatorio directo o del redirecto, artículo 391 del Código de Procedimiento Penal), se estima que lo adecuado sería que declare la nulidad de la actuación (Corte Suprema de Justicia, Radicado 45098-SP2364, 2018e) y no que entre a reemplazar al perito formulando hipótesis para las que, seguramente, carece de preparación. O, si es la prueba acusatoria la que adolece de tales vicios se estima que lo que debe primar es la duda probatoria en favor del reo.

La razón de esto es que la prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de la experiencia o leyes naturales que el juez no posee o no puede poseer, por las anotadas dificultades que conlleva el ejercicio de la medicina, y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate (Climent Durán, 2005). Así, como se anotó al abordarse los criterios de valoración de la prueba pericial, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional acuden a la sana crítica de las pericias para determinar, según lo reglamenta el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, si el perito cumple con la suficiente idoneidad técnico, científica y moral que exige el caso bajo estudio, si su exposición es clara y sus respuestas exactas, si se observó un buen comportamiento al responder, si sus postulados, tesis o conclusiones tienen el suficiente grado de aceptación de la comunidad científica, si los instrumentos utilizados fueron los debidos y si, en conjunto, sus respuestas son consistentes. Todo para verificar la fiabilidad o el grado de acierto del perito y si, con base en su dictamen, se puede apoyar una decisión judicial, pues de no superarse estos criterios para lograr el grado de certeza que requiere un pronunciamiento jurisdiccional, puede el juez apartarse de la prueba pericial, no porque en su conocimiento privado halle un mejor o diferente criterio, sino porque el llevado a juicio y debatido por las partes no superó un examen sobre el procedimiento que precede la exposición del experto.

## 6. Referencias

Carnelutti, F. (1997). *Las miserias del proceso penal*. Temis.

Climent Durán, C. (2005). *La Prueba Penal*. Tirant lo Blanch.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de la República de Colombia*. Gaceta Constitucional N.º 116.



- Colombia. Congreso de la República. (2004, 31 de agosto). Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial N.º 45 658.
- Colombia. Congreso de la República. (2000, 24 de junio). Ley 599 de 2000. *Código Penal*. Diario Oficial N.º 44 097.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996, 5 de febrero). *Sentencia C-037* (Vladimiro Naranjo Mesa, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1998, 4 de noviembre). *Sentencia C-622* (Jaime Morón Díaz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional (2005, 8 de marzo). *Sentencia C-202* (Jaime Araujo Rentería, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2014, 29 de octubre). *Sentencia C-792* (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2006, 6 de mayo). *Auto interlocutorio 15754* (Yesid Ramírez Bastidas, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2009, 16 de septiembre). *Radicado 31795* (Yesid Ramírez Bastidas, M. P. y Julio Enrique Socha Salamanca, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2012a, 27 de junio). *Radicado 32882-232213* (Javier Zapata Ortiz, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2012b, 11 de abril). *Radicado 33920* (Augusto J. Ibáñez Guzmán, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2013a, 5 de junio). *Radicado 34134* (Gustavo Alberto Malo Fernández, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2013b, 16 de octubre). *Radicado 39257* (Eugenio Fernández Carlier, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2016a, 29 de junio). *Radicado 41245-SP8759* (José Luis Barceló Camacho, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2016b, 24 de febrero). *Radicado 47115*. (Gustavo Enrique Malo Fernández, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2017a, 22 de marzo) *Radicado 4366-SP3964* (Eugenio Fernández Carlier, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2017b, 23 de marzo). *Radicado 45072 -SP4235* (Patricia Salazar Cuellar, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (2018a, 29 de noviembre). *Recusación 110010230000201800594-00, APL5514* (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2018b, 16 de mayo). *Radicado 50723 -SP6538* (José Francisco Acuña Vizcaya, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2018c, 30 de mayo). *Radicado 48265-SP1962*. (Eyder Patiño Cabrera, M. P.).

- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2018d, 11 de julio). *Radicado 50637-SP2709* (Patricia Salazar Cuellar, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2018e, 20 de junio). *Radicado 45098-SP2364* (Luis Antonio Hernández Barbosa, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2019a, 3 de abril). *Radicado 54215-AP1263*. Eyder Patiño Cabrera, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2019b, 23 de enero). *Radicado 49047-SP070*. (Patricia Salazar Cuéllar, M. P.).
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial Roque Depalma.
- Feng, X-H., Lin, X., Yu, J., Nemunaitis, J. y Brunicardi, F. Ch. (2015). Cirugía molecular y genómica. En F. Ch. Brunicardi, D. K. Andersen, T. R. Billiar, D. L. Dunn, J. G. Hunter, J. B. Matthews y R. E. Pollock, *Schwartz*, Principios de cirugía, 10 (pp. 1-44). McGraw-Hill. Recuperado de: <https://accessmedicina-mhmedical-com.consultaremota.upb.edu.co:8443/content.aspx?bookid=1513&sectionid=98625100#98625250>.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- García Morente, M. (2000). *Lecciones preliminares de filosofía*. Ediciones Encuentro.
- Goldschmidt, W. (1978). *Justicia y verdad*. La Ley.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas.
- Mark, D. B. y Wong, J. B. (2018). Toma de decisiones en la medicina clínica. En J. L. Jameson, A. S. Fauci, D. L. Kasper, S. L. Hauser, D. L. Longo y J. Loscalzo (eds.), *Harrison. Principios de Medicina Interna*, 20 (pp. 1-19). McGraw-Hill. Recuperado de: <https://accessmedicina-mhmedical-com.consultaremota.upb.edu.co:8443/content.aspx?sectionid=199171758&bookid=2461&Resultclick=2>.
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret*, 2, 1-39. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/241333/323924>.
- Nicoll, C. D. y Lu, Ch. M. (2018). Pruebas diagnósticas y toma de decisiones médicas. En D. Nicoll, Ch. M. Lu, S. J. McPhee (eds.), *Guía de pruebas para diagnóstico*, 7 (pp. 1-8). McGraw-Hill. Recuperado de: <https://accessmedicina-mhmedical-com.consultaremota.upb.edu.co:8443/content.aspx?bookid=2424&sectionid=188608337>
- Pennington, E. C. y Burke, P. A. (2018). Apéndice. En G. M. Doherty (ed.), *Diagnóstico y tratamiento quirúrgicos*, 14. (pp. 1-8). McGraw-Hill. Recuperado de: <https://accessmedicina-mhmedical-com.consultaremota.upb.edu.co:8443/content.aspx?sectionid=201528716&bookid=2364&Resultclick=2>.
- Picado Vargas, C. A. (2014). El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. *IUDEX*, (2), 31-62. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>.
- Popper, K. R. (1991). *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico*. Editorial Paidós.
- Rodríguez Armario, E. y Villegas Suárez, P. (1994). Enfermedades de transmisión sexual y sida. *Cuaderno de Salud*, 5. Instituto Andaluz de la Mujer.

Salazar Cote, A. P. (2015). *La imparcialidad del juez de conocimiento en Colombia, Análisis documental*. Universidad Militar Nueva Granada.

Silva Sánchez, J. M. (1999). *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. J. M. Bosch Editor.

Solano Vélez, H. R. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Velásquez Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de derecho penal, parte general*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

---

# La intervención estatal y el Estado social de derecho: análisis de como las ramas del poder público materializan los derechos fundamentales<sup>1</sup>

*State intervention and the social rule of law: analysis of how the branches of public power materialize fundamental rights*

Gustavo Aguilera Izaguirre<sup>2</sup>  
Andrés Felipe Roncancio<sup>3</sup>  
Mariana Restrepo Marulanda<sup>4</sup>

Recibido: 01/03/2021 – Aceptado: 26/05/2021 – Publicado: 01/06/2021

**Cómo citar este artículo:** Izaguirre, G.A., Roncancio, A.F. y Restrepo Marulanda, M. (2021). La intervención estatal y el Estado social de derecho: análisis de como las ramas del poder público materializan los derechos fundamentales. *Nuevo Derecho*; 17(28): 1-14. <https://doi.org/>

## Resumen

El presente artículo tiene el propósito de revisar la construcción del concepto de Estado social y democrático de derecho en Colombia; concepto sobre el que es necesario elaborar un análisis que lo comprenda como categoría jurídica y como categoría política del constitucionalismo, es por ello que se partirá desde la intervención estatal que se produce en pro de las garantías de derechos fundamentales, puesto que este resulta ser un elemento imprescindible dentro de este modelo estatal. De igual manera, se hará especial énfasis en el caso jurídico colombiano, pues dentro de este, el concepto de Estado social y democrático trajo consigo un fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico frente al funcionamiento de cada una de las ramas del poder público, las cuales consolidan sus funciones al generar protección social como consecuencia efectiva del mandato de la Constitución Política. Así, la rama judicial —en cabeza de la Corte Constitucional como guardián de la carta— crea las condiciones de interpretación que se traducen en la concreción de la norma superior; la rama ejecutiva entiende que debe intervenir para garantizar los derechos fundamentales; y el legislador —manifestación máxima de la democracia constitucional— debe motivar su libertad de configuración normativa en consonancia con la Constitución.

---

<sup>1</sup> Artículo de investigación derivado del proyecto “Descentralización y constitucionalización del gobierno municipal con código 00-163”.

<sup>2</sup> Doctor en derecho de la Universidad de Salamanca. Profesor investigador de la Universidad Autónoma del Estado de México (Toluca). Investigador del Sistema Nacional de Investigación SNI 1. Correo electrónico: [gaguilera@uamex.mx](mailto:gaguilera@uamex.mx). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9817-6746>.

<sup>4</sup> Estudiante de derecho de la institución universitaria de Envigado. Auxiliar de investigación de la Institución Universitaria de Envigado. Correo electrónico: [mrestrepomar@correo.iue.edu.co](mailto:mrestrepomar@correo.iue.edu.co). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6845-4883>.

**Palabras claves:** Estado social y democrático de derecho, intervención, ramas del poder público, derechos fundamentales, Estado constitucional.

## **Abstract**

The purpose of this article is to review the construction of the concept of the social and democratic rule of law in Colombia; a concept on which it is necessary to elaborate an analysis that understands it as a legal category and as a political category of constitutionalism, which is why it will start from the state intervention that occurs in favor of the guarantees of fundamental rights, since this turns out to be an essential element within this state model. Similarly, special emphasis will be placed on the Colombian legal case, since within this, the concept of social and democratic State brought with it a phenomenon of constitutionalization of the legal system in the functioning of each of the branches of public power, which consolidate their functions by generating social protection as an effective consequence of the mandate of the Political Constitution. Thus, the judicial branch –headed by the Constitutional Court as guardian of the Charter– creates the conditions of interpretation that translate into the concretization of the superior norm; the executive branch understands that it must intervene to guarantee fundamental rights; and the legislator - the maximum manifestation of constitutional democracy - must motivate its freedom of normative configuration in accordance with the Constitution.

**Key-words:** Social and democratic rule of law, intervention, branches of public power, fundamental rights, constitutional state.

## **1. Introducción**

En el contexto colombiano, una de las dimensiones más interesantes sobre el desarrollo de la estructura estatal se encuentra fijada en la noción del denominado constitucionalismo social del siglo xx, el cual, como una condición de regulación de la economía y del Estado, determinó que una de las características más relevantes de la conformación republicana es la función social del Estado, que entra a caracterizar una serie de disposiciones que desde el gobierno tomaron un papel protagónico en la construcción de los derechos de segunda generación de los ciudadanos colombianos (Valencia Villa, 2010).

En este sentido, el constitucionalismo social del siglo xx modificó la institucionalización de los partidos políticos, la idea del principio de legalidad y el desarrollo de los criterios de intervención, puesto que las anteriores, se determinaban como una idea de mera imposición de normas jurídicas o como un cumplimiento anclado de manera directa a la coerción legalista. Ahora y gracias al constitucionalismo social, la existencia de la regulación estatal parece estar articulada a la garantía de los derechos sociales.

Siendo la tesis que se expone como el núcleo principal de la presente discusión: como desde la dinámica del constitucionalismo el concepto de intervención implica en un primer momento una determinación propia del Gobierno a través del principio de

legalidad, pero que va más allá, puesto que tiene unos elementos diferenciales que se atan al cambio del Estado de derecho al Estado social y democrático de derecho.

Así, el siguiente escrito busca establecer las diferencias entre la idea del Estado social y democrático de derecho y el Estado de derecho, no solo desde su categoría jurídica sino también desde una perspectiva política, en la que hablar de intervención no se reduce al margen de regulación o reglamentación, sino que también implica un reconocimiento más amplio, mismo que debe estar determinado por las obligaciones de protección que se desarrollan dentro del Estado constitucional. Por ello, es preciso señalar que el punto focal de las normas jurídicas y de los conceptos que se han de presentar en este análisis, no son apreciables desde una mirada meramente legal, sino que estos deben ser vistos desde una lectura eminentemente constitucional.

## **2. El Estado social y democrático de derecho como un asunto de gobierno**

Un punto de partida en esta reflexión implica analizar, desde una lectura constitucional, cuál es la relación que se fija entre las ideas de intervención y Estado social y democrático de derecho, articuladas como dimensiones del concepto de constitucionalismo, entendido desde su perspectiva tanto política como jurídica (Restrepo Tamayo y Castaño Zapata, 2019).

La idea del Estado social y democrático de derecho como modelo político y social tiene su origen en Europa durante la primera mitad del siglo xx, en el contexto bélico en el cual estaban inmersos los Estados y con sus derivadas crisis socioeconómicas. El Estado social y democrático (ESD) como asunto de gobierno surge a partir de un encuadre principalmente económico, en el cual el interés se funda en el unánime progreso de los individuos como miembros del Estado, esto de la mano del fortalecimiento de los medios de producción como base de la economía interna y externa, que se generó a partir de las dos guerras mundiales que tuvieron lugar en el siglo XX.

La construcción del caso europeo parte de la crisis del liberalismo que, a efectos de la política internacional, generó pauperización; pues la propuesta de economía de mercado no cumplió sus promesas de autorregulación e implicó que las libertades propuestas desde el liberalismo no satisficieran las necesidades de los ciudadanos. Así, la dimensión de intervención sería entonces, entendida con un fundamento político que se posiciona en la medida en que se determina que el contrato social debe tener una significación material para los ciudadanos (Hobsbawm, 1998).

Por lo cual, lo anterior tiene una relación inferencial que surge a partir del caso alemán, el cual toma especial relevancia desde lo que se constituyó en la República de Weimar como una propuesta de corrección del liberalismo económico, a partir de un marco de regulación con concesiones a los trabajadores en forma de derechos sociales. El punto está en que si bien, dichas normas fueron expedidas no tuvieron un sustento estructural en políticas de gobierno, al no dar cuenta de una interrelación con los actores, ni de la justiciabilidad o materialización de estas condiciones pautadas en las discusiones que se estaban dando en el partido socialdemócrata alemán (Ruiz Miguel, 1995).

Es claro que esta regulación propuso un fuero de intervención basado en la relación directa entre el Estado y la economía. De igual manera, se percibe que, en la praxis social es tan necesaria la expedición de normas jurídicas como su materialización, toda vez que la idea del gobierno activo e interviniente se convierte en el punto común para generar una interlocución tendiente al logro efectivo de las garantías de derechos fundamentales.

Lo anterior evidencia que el asunto de la intervención se queda corto, al dimensionar que, desde la perspectiva integral, la idea del *ESD* tiene un margen de articulación del que se desprende que no basta la positivización de la garantía en materia de derechos, sino que se hace necesario lograr la implementación de las acciones necesarias que están en cabeza del gobierno.

Es por ello que desde una perspectiva histórica, se asimila la propuesta del constitucionalismo a partir de la articulación de cambios alrededor de la ficción de las normas en sentido estricto, esto con el fin de posibilitar un margen de intervención marcado por la integración de lo gubernamental en las disposiciones de los derechos.

## **2.1 Ley fundamental de Bonn**

La categorización constitucional del Estado social adquiere una base esencial con el nacimiento de la *ley fundamental de Bonn* de 1949, primera en positivarlo, de la cual se deriva la conformación de los derechos fundamentales de la mano de su obligatoriedad; hecho que cambió la racionalidad de la Constitución de Weimar, en la medida en que desarrolló la idea de que no bastaba la construcción de los derechos sociales como una categoría jurídica, sino que además se debía ligar a una vocación de protección de la dignidad humana más allá de la norma. Este análisis toma relevancia en la medida en que la configuración del caso de Alemania no trajo consigo los resultados esperados para la república de Weimar como modelo protoconstitucional de la concepción social, dado que, si bien su configuración como la primera carta constitucional en el mundo con cláusulas sociales significó un progreso para la democracia (López Oliva, 2010), las posteriores crisis económicas desembocaron en un déficit socio-político que acabaría con la instauración del Tercer Reich, convirtiendo a la constitución de Weimar en letra muerta. Por lo cual, lo anterior hace que la reflexión esté ligada entonces a la visión de la política y, por tanto, del gobierno, como un asunto esencial a la idea social.

La Ley fundamental de Bonn de 1949, a pesar de su carácter provisional, erigió el respeto por los derechos fundamentales como cláusula primigenia, limitando de manera significativa los poderes del ejecutivo e imprimiendo en los derechos fundamentales un baluarte prioritario frente a todo el ordenamiento jurídico, además de constituirlos como la razón de ser del Estado. Así, en el núcleo de intervención del Estado están las medidas de efectivización de las normas, que pasan a ser interpretadas a partir del orden constitucional, y se toma un eje de acciones estatales que de prevalencia a los derechos concebidos.

Así, la consagración de un nuevo modelo estatal trajo consigo la implementación de un nuevo programa de economía a partir de la intervención, diferenciándose del modelo clásico liberal de economía basado en el individualismo. Por tanto, a fin de aclarar cada una de estas posturas, nos proponemos analizarlas por separado, a fin de lograr un mayor esclarecimiento frente a los componentes sustanciales de un Estado social de derecho.

Se plantea entonces, el reconocimiento del papel del Estado social de derecho como una categoría económica que debe fomentar y propender porque dentro de los marcos de desarrollo social, realmente se den garantías frente a los derechos fundamentales. Esto nos lleva a pensar que la idea de intervención está unida de manera directa a las acciones de los gobiernos que posibilitan, materializan y determinan garantías que no se quedan únicamente en el plano de las normas si no que se tornan en medidas realmente aplicables dentro de las sociedades.

## **2.2 El ordoliberalismo: la interrelación con la práctica de gobierno**

Ahora bien, lejos de estandarizar las condiciones inherentes a las normas, se requiere determinar los cambios estructurales que se dieron en la concepción del Estado. En este sentido, hay que reconocer la intervención como un asunto de gobierno, que se da como resultado de las ideas políticas de gobierno articuladas a las prácticas ejecutivas; es decir que, en razón de lo expuesto, la transformación política que precede a la Ley fundamental de Bonn no es solo dada por una norma jurídica, sino que es también una disposición sobre la idea de gobierno, siendo esta una muestra clara del ordoliberalismo.

Así, los inicios de esta ideología política se remontan a la década de 1930 en Alemania, y su nacimiento influyó de manera fundamental en la configuración del Estado de bienestar. Los móviles que potenciaron su creación se fundamentan en una crítica al Estado de libre mercado, por considerarlo incapaz de contener los problemas económicos y sociales de la época, lo que Llanos Reyes (2010) explica con estas palabras

El Ordoliberalismo en cuanto corriente política desarrolló una aguda crítica al fracaso del manejo económico del Estado de libre mercado, que fue incapaz de contener y resolver los problemas económicos, sociales y políticos generados por el conjunto de tendencias monopólicas que dieron como resultado crisis, desempleo, dictaduras y revolución (p. 20).

El interés porque existiera un equilibrio en la distribución de los precios, además de la abolición de cualquier tipo de monopolio llevó a esta vertiente del liberalismo a proponer una nueva estipulación frente a cómo deberían sentarse las bases socioeconómicas para un “correcto liberalismo”, para lo cual, uno de los principales presupuestos consistió en una propuesta de intervención estatal como alternativa de cambio en cuanto a la orientación del deber del Estado se refiere.



Esta dimensión fue planteada desde una perspectiva política que se ubicó en un debate mediado entre la formulación teórica del marxismo y su aplicación a las condiciones de la democracia constitucional. Esto representó como supuesto que las ideas del partido social demócrata alemán tuvieran el consenso de establecer márgenes de equiparación entre el Estado y la democracia (Jessop, 2019).

Debido a su alto contenido social, el intervencionismo representa un cambio frente al apogeo del modelo liberal de los Estados, ya que significa dar un paso más de cara a los derechos de los individuos e implica una posición activa del Estado como principal obligado socialmente, no solo como garante en el “libre desenvolvimiento de las leyes económicas” (Llanos Reyes, 2010, p. 27). Esta tesis articulada a la visión de la social democracia y el cristianismo social de los partidos políticos determinaba la necesidad de medidas de corrección a través de políticas de gobierno.

Por otra parte, el modelo intervencionista como presupuesto del surgimiento del Estado social y democrático de derecho se presenta como una consideración cronológica y sistémica, teniendo en cuenta los factores que confluieron al nacimiento de una mayor participación del Estado como orientador de las problemáticas sociales; a saber: la Revolución francesa como origen de una nueva forma socio-política y seguidamente la industrialización como situación transformadora de las relaciones sociales (Llanos Reyes, 2010), factores a partir de los cuales el deber del Estado frente a los sujetos empezaría a cobrar mayor importancia.

Por consiguiente, los dos lineamientos anteriores nos muestran que, la materialización de la idea de los derechos fundamentales está planteada desde una doble dimensión: en un primer momento se genera la condición de reconocer cada vez más derechos y garantías posibilitadas por el orden jurídico y, en un segundo momento, a partir de ese orden, se busca el logro efectivo de unos parámetros esenciales para el funcionamiento del Estado social.

Ahora bien, introducir la idea de cómo se han de materializar los derechos fundamentales, tiene un valor implícito, en la medida en que su reconocimiento está anclado a garantizar un margen positivo diferencial sobre el pacto social. Esto es, determinar que no solo se deben traer mayores condiciones de interpretación, sino que, además, deben estar fijadas por un Estado que, frente a su estructura, reconoce que para hacerlas efectivas todas, deben ser construcciones amplias del margen constitucional.

Es por ello que se hace necesario comprender al ESD no solo como una categoría que se determina y cambia de una positivización a otra, sino como una dimensión que plantea una transformación significativa por medio de la carga dogmática del Estado y a su vez como una dimensión que parte de una regulación ligada a la adecuación de los medios institucionales. Esta dinámica implica reconocer que el producto histórico del ESD recoge sus supuestos sobre el margen de las deficiencias del Estado de Derecho.

A partir de ese legado es que la determinación política y jurídica establece unos márgenes que se concretan como una racionalidad de gobierno, que en su dimensión reconoce el valor de establecer las bases del Estado de derecho en cuanto al respeto

de las instituciones y la ley. Se generó un margen de articulación sobre la consagración de unos derechos fundamentales que se convierten en el foco del Estado, en cuanto se establece que frente a sus limitaciones se debe consolidar en las máximas proporciones.

La clave de la discusión se desarrolla en el entendimiento y la práctica de una constitución que consagra garantías y que, a la vez, plantea la estructura y el funcionamiento del Estado; es decir, una constitución que debe tomar una postura clara para poder garantizar unas condiciones sociales favorables. En ese sentido, intervenir implica regular las condiciones de relacionamiento entre el Estado y la economía, posibilitar que las acciones del Estado estén orientadas a lograr la materialización de los derechos fundamentales y ampliar cada vez los marcos de protección.

Es decir que, este criterio implica reconocer que la racionalidad es un elemento que debería estar presente en cada acción del Estado, puesto que, cada acción sigue un proceso con unos lineamientos que, a su vez, implican una transformación implícita en el orden jurídico y, por consiguiente, en las ramas de los poderes públicos del Estado.

### **3. Intervencionismo en virtud de los derechos fundamentales, el cambio en la Constitución de 1991 en lo político**

El proceso de transformación que se dio a partir de la Constitución de 1886 y la Constitución de 1991 no solo se presenta como un cambio en términos de la construcción de las categorías básicas del Estado, sino que por medio de esta transición se cambió en sí misma la concepción del Estado constitucional.

Esta transformación tiene fundamentos y categorías en lo político; de ello se desprende que no solo hay una nueva tradición que forma las normas jurídicas, sino que, además, en un plano estructural, la implementación de las vías de la reforma se presenta desde una nueva concepción del Estado.

En este sentido, el texto constitucional de 1886 trajo consigo una visión del estatismo a través de la ritualidad manifiesta del principio de legalidad, que condujo a una transformación inherente en la forma de interpretar las acciones de gobernabilidad, puesto que su determinación la da un institucionalismo que muta con los efectos derivados del constitucionalismo como un medio de regulación del poder estatal.

De ello se sigue que la visión del Estado interventor nace en respuesta a diferentes situaciones sociales y económicas, y no como una nueva forma de gobierno basada en decisiones arbitrarias; su incremento también es una reacción al crecimiento económico, la reestructuración agraria, los conflictos y movilizaciones sociales, entre otros (Kaplan, 1998); además de ser una respuesta a aquellas necesidades sociales que el libre mercado no ha logrado satisfacer en cuanto a la globalización de derechos se refiere, de lo cual pueden dar cuenta las grandes crisis económicas acaecidas durante la primera mitad del siglo xx.

Por su parte, el Estado cuenta con el poder como factor ineludible para hacer efectivo el progreso desde el paradigma político y económico que considere pertinente, característica que se refleja en su capacidad para la toma de decisiones, en virtud de las facultades otorgadas en un sistema democrático. A partir de ello se hace posible decirse que el concepto de intervención, producto de este proceso histórico, se comprende en la medida en que se constitucionaliza su idea, misma que ahora no se ha de entender solamente como una práctica de gobierno, sino que también ha de entenderse como una efectiva articulación al sistema de las garantías de la Constitución.

Desde 1991 el Estado colombiano acogió al modelo de Estado social de derecho, consigna que se estableció taxativamente en el artículo 1° superior, y de la cual se desprende necesariamente la aplicación implícita de las cláusulas del ordoliberalismo como patrón principal en lo que debe ser la dirección de la economía. A su vez, las estipulaciones ordoliberales descritas hasta el momento, a saber: Estado social, intervencionismo, economía social de mercado y la idea de capital social deben llegar al caso colombiano, a fin de que se cumpla no solo con el postulado descrito en el artículo 1 constitucional, sino también con los derechos fundamentales como la razón de ser del Estado.

La adopción de la cláusula social en el modelo de Estado significa para Colombia la implementación de un nuevo orden constitucional, en el cual se entiende la importancia de la intervención de cara a los derechos fundamentales, los cuales deben ser la prioridad en el ejercicio gubernamental. Lo anterior imprime a la constitución elementos políticos adicionales a los componentes jurídicos que de suyo tiene como “norma de normas” (art. 4), de los cuales pueden dar cuenta las situaciones que se describirán a continuación.

En este orden de ideas, se afirma que la intervención se establece como una disposición propia del ESD, no porque de una forma implícita se genere una interpretación de ello, sino porque su desarrollo determina las motivaciones de las actuaciones estatales. Esto es, no se comprende la intervención como un mero margen de regulación, sino como una carga de obligación y, por tanto, de motivación de las decisiones que se toman por parte de las diferentes ramas del poder público.

En esta medida, sin la conformación de una intervención que motiva las actuaciones estatales, implica entonces que no se pueda comprender como el Estado social y democrático de derecho busca determinar qué términos gubernamentales se han de estructurar por medio de una fórmula que tiene como finalidad garantizar que las condiciones de la Constitución sean vinculantes y, por tanto, se logre desarrollar una relación entre la parte que reconoce los derechos y otra sobre la maquinaria que lo hace efectivo, es decir, sobre los medios que garantizan la constitución. (Gargarella, 2010).

En síntesis, es fundamental resaltar que este proceso se ha de entender como una materialización del ESD y que, en consecuencia, el mismo pone en marcha las categorías políticas y jurídicas de un proceso de constitucionalización en el que hay un compromiso irreductible con los derechos fundamentales.

### **3.1. Cómo se garantiza la intervención en clave constitucional**

Desde los parámetros de la intervención estatal como garantía de derechos, y a partir de la relación directa que se genera con los parámetros constitucionales, se hace relevante hacer énfasis en como la Constitución se encuentra articulada por valores, principios y derechos fundamentales (Roncancio Bedoya et al., 2020), a partir de los cuales hay márgenes para la manifestación del poder bajo un supuesto de soberanía política.

Así, cuando se retrata el deber al cumplimiento de la Constitución, se habla de esto como una condición esencial por medio de la cual se hacen efectivas las funciones del poder público, mismo que en sus diversas ramas debe propiciar el reconocimiento de los derechos fundamentales.

En este sentido, las condiciones del Estado social y democrático de derecho se posicionan sobre el valor de la Constitución en cuanto esta impregna el funcionamiento del Estado y, como consecuencia, ofrece una protección efectiva de los derechos fundamentales. Por lo cual, el garantizar condiciones reales de protección, y proporcionar el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales son funciones del Estado que, a su vez, se le atribuyen a cada una de las ramas del poder público, como se puede ver a continuación.

### **3.2. Activismo judicial**

Indudablemente una de las condiciones más relevantes que se deriva de la creación de la Corte Constitucional es la consolidación del Estado constitucional. En este sentido, el cambio que surge a partir del reconocimiento de la supremacía de la Constitución, trajo consigo facultades judiciales de control constitucional, más allá del cuidado sobre la forma hasta una defensa material de las garantías que se derivan de la carta política (Roncancio Bedoya et al., 2020,

Al tener la Constitución un guardián efectivo con condiciones de materialización que se derivan del cuerpo de la misma, es posible dimensionar que esta debe ser entendida en la medida que se interpreta en razón a su contenido de valores y principios, y que a su vez, estos materializan su defensa efectiva en las condiciones de resolver los problemas jurídicos que de los mismos se derivan.

Es entonces que se genera una potestad que, en términos estructurales, no solamente consagra el precedente como fuente formal dentro del ordenamiento jurídico, sino que dimensiona una transformación del principio de legalidad en un principio de constitucionalidad. Esta es una clave del constitucionalismo (Restrepo Tamayo y Castaño Zapata, 2019).

En este sentido, pensar en una carta política cuyos contenidos no van más allá de ser simples instrucciones sobre lo que debería ser el buen actuar los ciudadanos no hace que sus disposiciones seas mandatos de obligatorio cumplimiento. El caso contrario se presenta cuando el texto tiene un carácter normativo de obligatorio cumplimiento, en el cual sus postulados son de carácter vinculante. Cepeda (1997) aterriza estas categorías de manera muy sucinta al caso colombiano, a fin de plantear cuál de las dos le es aplicable:

Con frecuencia se dice que las cláusulas programáticas de la Carta de derechos no son en realidad normas jurídicas, sino directrices políticas que orientan, mas no limitan la actividad del Estado. Esta creencia es equivocada. Las cláusulas programáticas también son normas jurídicas y, por tanto, son vinculantes (p. 11).

El anterior enunciado, responde a la cuestión acerca de la forma en que han de ser comprendidas las disposiciones superiores en Colombia, esto es, como normas de obligatorio cumplimiento y como fuente primaria en materia interpretativa. Esta connotación servirá de base para dar respuesta al porqué del activismo judicial, en la medida en que las decisiones del juez constitucional se comprenden como una manifestación viva de la Constitución y por tanto una aplicación directa de la misma. Esta categoría representa entonces un cambio que genera unos márgenes de intervención al hacer entender tanto al legislador como al ejecutivo el compromiso frente a la materialización de los derechos fundamentales.

A partir de esto, el establecimiento de los derechos fundamentales conlleva una permanente labor interpretativa por parte de los jueces, en quienes recae la misión primaria de velar porque las distintas normas y decisiones sean acordes con los derechos fundamentales y no vayan en contravía de la Constitución. Su deber no puede limitarse a la interpretación textual de la norma, puesto que eso dejaría como resultado que la interpretación de la constitución y la ley sea sistémica y de aplicación exegética (Castaño Peña, 2014). Esta labor hace del activismo judicial una nueva realidad en la estructura del ordenamiento jurídico, fundamentada en la supremacía constitucional, el nuevo papel protagónico de los jueces y la obligatoriedad del precedente como fuente formal, en tanto expresión e interpretación de la Constitución.

La Corte Constitucional ha tenido un papel protagónico, dado que desde su conformación se ha venido pronunciando en distintos temas como promotora y principal vigía de la Constitución y de los derechos fundamentales. De sus decisiones conviene precisar no solamente el correcto enfoque que se debe dar a las leyes, sino también la creación de nuevos derechos como una nueva muestra de intervención. De la obligatoriedad de sus pronunciamientos se ha derivado, por un lado, una cultura jurídica en el ordenamiento y, por otro lado, fuertes críticas por parte de quienes consideran que “su activismo progresista es una violación del principio de separación de poderes y un obstáculo para el desarrollo económico” (Saffon y García-Villegas, 2011, p. 87).

En ciertos casos, el activismo judicial implica — ante un déficit de protección — la garantía de los derechos desde el margen constitucional, lo que puede entenderse como una irrupción en las competencias de las demás ramas del poder público. Sin embargo, hay que advertir que la consecuencia de lo anterior deriva de la protección efectiva de los derechos y, por lo tanto, del contenido de la Constitución.

Es conveniente aclarar, por lo que se refiere a la creación de normas, que la Corte Constitucional no se encuentra revestida de la facultad de crear, pues como ya se ha dicho, el poder legislativo en Colombia está en cabeza del Congreso de la República; sin embargo, cuando se analizan los pronunciamientos de la Corte sobre distintos temas

se puede dilucidar una fuerte tendencia por llenar los vacíos y suplir reclamos insolutos por el derecho legislativo existente (López Medina, 2004). Es el caso de las familias homoparentales, quienes luego de una larga lucha lograron en el año 2016 el derecho de consolidar su unión matrimonial, por vía jurisprudencial, a través de la Sentencia SU-214 de 2016, en la cual el tribunal no solo cumple con el deber de interpretar la norma mediando la garantía de los derechos fundamentales a la libertad individual, dignidad humana e igualdad, sino que también suple un deber legislativo que no fue previamente satisfecho.

Lo anterior es una clara muestra de cómo el intervencionismo aplicado a Colombia hace del Estado social de derecho una realidad, esta vez por medio de la Corte Constitucional en su trabajo por garantizar los derechos fundamentales. Ciertamente este no es el único caso, la protección sistemática de derechos se ha ampliado también a víctimas del conflicto, a la población indígena y demás grupos y personas con necesidad de protección constitucional. Estas facultades, encaminadas a la protección de derechos, hacen de la presencia de la Corte Constitucional una pieza clave en el desarrollo del Estado social de derecho (Castaño Peña, 2014), más aún con la posibilidad que tienen las personas de hacer efectivos sus derechos a través de los distintos mecanismos de protección.

### **3.3. Ejecutivo garante**

La consideración de los derechos fundamentales se consolida como el centro de la actuación de todas las entidades, frente a lo cual las autoridades administrativas y la rama ejecutiva dan una presunción clara frente a un planteamiento que maneja como premisa fundamental la protección de las disposiciones de las normas jurídicas.

Este mandato se desprende de la interpretación de la Constitución, según la cual es el mismo tribunal constitucional el que impone de una forma directa el marco de protección de la Constitución y determina que la administración pública no solo debe garantizar los derechos fundamentales, sino que también los debe integrar claramente a la motivación de sus decisiones

Esta obligación por parte de las autoridades administrativas de interpretar y aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y con el precedente judicial constitucional fijado por esta Corporación, ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Sala, poniendo de relieve el deber de las autoridades administrativas de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar principios, valores y derechos constitucionales, y de aplicarlos en aras de protegerlos y garantizarlos (Corte Constitucional, C-539, 2011).

Conforme a ello, este margen de integración establece que la prospectiva de protección de los derechos fundamentales no sea vista como una consecuencia de las actuaciones de la administración, sino que esta se entienda como el objeto mismo de dichas actuaciones. De esto se sigue que, la protección de los derechos está sujeta al recono-

cimiento del margen de la función pública, cuya titularidad se debe ejercer para cumplir los fines del Estado que se han constitucionalizado.

Ahora bien, dentro del artículo 6° de la Constitución se consagran los elementos de integración de los deberes funcionales inherentes a los representantes del Estado. Esto es, la obligatoriedad y obediencia de la norma supera la disposición formal y se convierte en una órbita de protección que privilegia los derechos fundamentales.

En este sentido, se puede vislumbrar que ahora la rama ejecutiva es también una creadora y una garante de derechos fundamentales; que, desde las actuaciones, operaciones, y hechos de la administración se genera una posibilidad real de que estas, como intervenciones de Estado, se configuren como una materialización en sí misma de la Constitución.

En definitiva, las funciones de la administración y la configuración de las acciones de gobierno deben ser congruentes con la Constitución, pues el reconocimiento político está anclado a la materialización y a la defensa efectiva de los principios y valores constitucionales.

### **3.4. Legislativo dinámico**

Finalmente, el poder legislativo en cabeza del Congreso de la República, en el análisis que se ha hecho a partir de la tripartición de poderes, representa un papel fundamental desde la intervención y los derechos fundamentales, pues como se sabe es el órgano encargado de crear las leyes en Colombia, y el contenido de dichas leyes debe ir acorde con el Estado social de derecho.

Siendo el fundamento del reconocimiento político del poder legislativo que hace la Constitución, una referencia directa a la integración de la representación democrática de la ciudadanía dentro de marcos de inclusión efectivos. Se entiende entonces, que el margen de protección efectiva de la Constitución lo debe propiciar el legislativo tanto para las mayorías como para las minorías sin distinción alguna.

Así, el necesario reconocimiento de los derechos fundamentales establece que, ahora la motivación y la libre capacidad de legislar, que yacen en el centro de la actividad legislativa, deben estar comprometidas en velar también por las condiciones de las minorías. Por ende, la autonomía de la configuración legislativa no es absoluta bajo ningún caso y por lo mismo se encuentra demarcada por los márgenes democráticos y por la defensa y extensión de la Constitución.

## **4. Conclusiones: intervenir es proteger los derechos fundamentales**

Finalmente, del presente artículo se desprende que, las configuraciones normativas se encuentran supeditadas a las implicaciones que se derivan del Estado social y democrático de derecho que, a su vez, consagra los medios posibles de protección y las

condiciones inmateriales para la designación de los fueros de protección y garantía de los derechos fundamentales.

Con instituciones fuertes y una ciudadanía activa que ejerza control se constituirá la salvaguarda del Estado social de derecho, y se configurará una permanente correspondencia entre Estado y economía, bajo la fórmula “tanto mercado como sea posible, tanto Estado como sea necesario” (Orjuela E., 2015, p. 203), en la que se permita el correcto desenvolvimiento del mercado como garantía de la libertad y se posibilite la intervención con el fin de garantizar los derechos. En este sentido, es claro que el logro del Estado derecho se da en la medida en que cada una de las ramas del poder público cumpla la cláusula compromisoria de garantía efectiva de los derechos dentro de los márgenes de constitucionalización.

A partir de este criterio, según lo establece Guastini (2003), es importante entender que la constitucionalización del ordenamiento jurídico no es un producto acabado o perfecto, por lo que es necesario determinar el grado en que la Constitución ha impregnado el mismo. De esta manera, es posible decir que, en un primer momento, el marco de constitucionalización de un ordenamiento jurídico nos va a permitir reconocer la dimensión del desarrollo del Estado social y democrático de derecho y la forma en que este se manifiesta por medio de las ramas del poder público.

Como proceso inacabado y por consiguiente en constante construcción, la constitucionalización mantiene la constante tarea de seguir unos lineamientos trazados por la carta política, y mediante estos permear progresivamente las diferentes ramas del poder público.

## 5. Referencias bibliográficas

- Castaño Peña, A. (2014). Análisis económico del activismo judicial: El caso de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Derecho del Estado*, (31), 122-125. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2379475](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2379475)
- Cepeda, M. J. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Temis.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011, 6 de julio). *Sentencia C-539* (Luis Ernesto Vargas, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2016, 28 de abril). *Sentencia SU-214* (Alberto Rojas, M. P.).
- Gargarella, R. (2010). *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Editorial Katz.
- Guastini, R. (2003) *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. UNAM.
- Hobsbawm, E. (1998). *La historia del siglo XX*. Crítica.
- Jessop, B. (2019). Ordoliberalism and Neoliberalization: Governing through Order or Disorder. *Critical Sociology*, 45(7-8), 967-981. <https://doi.org/10.1177/0896920519834068>



- Kaplan, M. (1998). El estado latinoamericano: entre la crisis y las reformas. *Revista venezolana de análisis de coyuntura*, 4(1), 97-115. [http://190.169.30.98/ojs/index.php/rev\\_ac/article/view/11171/10890](http://190.169.30.98/ojs/index.php/rev_ac/article/view/11171/10890)
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.
- López Oliva, J. O. (2010). La Constitución de Weimar y los derechos sociales La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 13(26), 233-243. <https://www.redalyc.org/pdf/876/87617274014.pdf>
- Llanos Reyes, C. (2010). El deber del Estado en el Ordoliberalismo de Walter Eucken: Tradición y coyuntura en el manejo político-económico del Estado. *Revista Chilena de Economía y Sociedad*, 4(1), 15-27. [https://rches.utem.cl/wp-content/uploads/sites/8/2018/01/rev\\_fae041\\_02.pdf](https://rches.utem.cl/wp-content/uploads/sites/8/2018/01/rev_fae041_02.pdf)
- Narayan, D. y Woolcock, M. (2000). Capital social: Implicaciones para la teoría, la investigación y las políticas sobre desarrollo. *World Bank Research Observer*.
- Orjuela E., L. J. (2015). Uribe versus Santos: del enfrentamiento personal a la diferenciación ideológica. *Revista de Estudios sociales*, (52), 201-207. <https://doi.org/10.7440/res52.2015.14>
- Restrepo Tamayo, J. F. y Castaño Zapata, D. (2019). Ciro Angarita Barón y el nuevo orden constitucional en Colombia. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 24(1), 26-46. <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rfd.v24i11316>
- Roncancio Bedoya, A., Colorado Villa, S. y Restrepo Tamayo, J. F. (2020). Supremacía constitucional y Estado Social de Derecho en Colombia. *Ratio Juris UNAULA*, 15(31). <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/1084>
- Ruiz Miguel, A. (1995). La socialdemocracia. En F. Vallespín Oña (coord.), *Historia de la teoría política* (pp. 212-261). Alianza.
- Saffon, M. y García-Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 75-107. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511>
- Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Cerec.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>