



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

**PRODUCCIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN DE LAS JUNTAS
DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ COMO PRUEBA JUDICIAL
DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL ORAL**

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES**

**Bogotá D.C., Colombia
2016**

**PRODUCCIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN DE LAS JUNTAS
DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ COMO PRUEBA JUDICIAL
DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL ORAL**

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**Proyecto dirigido para optar el título de Magister en Derecho –
Profundización en Derecho Laboral y de Seguridad Social**

Director: Juan Camilo Salas Cardona

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES**

**Bogotá D.C., Colombia
2016**

*A mi familia por su respaldo incondicional
y su presencia permanente*

AGRADECIMIENTOS

De manera especial al Director del presente trabajo por sus conocimientos y la generosidad al compartirlos y; a mi equipo de labores por su paciencia y dedicación.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. IMPORTANCIA DE ABORDAR CRÍTICAMENTE LA EMISIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ COMO PRUEBA JUDICIAL DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL ORAL	14
1.1 DICTAMEN PERICIAL, PERITACIÓN O PRUEBA POR PERITOS ...	15
1.1.1 Historia	16
1.1.2 Naturaleza jurídica.....	20
1.1.3 Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral	21
1.1.4 Trámite ante las Juntas Regionales	22
1.1.4.1 Requisitos Mínimos Para Solicitar el Dictamen.....	24
1.1.4.2 Reparto	25
1.1.4.3 Sustanciación y Ponencia.	26
1.1.4.4 Quórum y Decisiones	27
1.1.4.5 Dictamen	27
1.1.4.6 Notificación.....	28
1.1.4.7 Aclaración y Corrección	29
1.1.4.8 Recursos de Reposición y Apelación	29
1.1.4.9 Controversias sobre el Dictamen	30
1.1.4.10 Firmeza del Dictamen	30
1.1.5 Formas de Contradicción y Control Para la Prueba Pericial.....	31
1.1.6 Apreciación y Valoración del Dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez por el Juez	31
1.1.7 Medio Probatorio Susceptible de Contradicción.....	33
1.1.8 Procedimiento De Dos Instancias Cuya Naturaleza No Es Administrativa Ni Judicial	33
1.1.9 No Es Una Prueba Solemne	34

1.2 REFORMULACIÓN DE LA ORALIDAD EN ASUNTOS LABORALES – CONGESTIÓN JUDICIAL	37
1.2.1 El Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia.....	39
1.2.2 Oralidad y Publicidad en las Actuaciones Judiciales y en la Práctica de Pruebas.....	40
1.2.3 Oportunidad Probatoria	40
1.2.4 El Juez Director del Proceso	40
1.3 JUSTICIA Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	41
1.3.1 Impacto en el individuo.....	48
1.3.2 Impacto en el Operador Judicial.....	50
1.3.3 Impacto en la Comunidad Jurídica.	53
2. NORMATIVISMO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y LA DUCTIBILIDAD DEL DERECHO	55
2.1 EL NORMATIVISMO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	56
2.2 LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y LA DUCTIBILIDAD DEL DERECHO	63
2.3 TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Y PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL	77
2.3.1 Términos judiciales previsivos.....	79
2.3.2 Validez de la prueba.....	79
2.3.3 Firmeza Del Experticio	80
CONCLUSIONES	82
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN

Ante la ocurrencia de accidente o enfermedad común o laboral con afectación de la capacidad de trabajo, se debe calificar de manera integral el daño corporal, con base en criterios técnico – científicos previamente establecidos, un sujeto que efectúe la señalada valoración, que determine el momento en que se ha estructurado.

En este sentido, la pérdida de la capacidad laboral se establece con base en el manual único para la calificación de la invalidez¹, instrumento expedido mediante Decreto 692 de 1995, adoptado por Decreto 917 de 1999, en cuyos términos, para efectuar la calificación integral del daño corporal se deben tener en cuenta tres criterios: la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía, clasificación que encuentra apoyo en criterios acogidos por la Organización Mundial de la Salud OMS, de acuerdo con los que, el ser humano considerado normal, es quien puede realizar las actividades productivas de su condición humana (trabajo, alimentación, labores domésticas, actividad social, descanso, ocio), de suerte que, cuando se afectan esas capacidades se producen tres tipos de trastornos en su integridad².

Así, se considera inválida la persona que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral³.

Sin perjuicio de lo establecido respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez, la fecha de estructuración y la determinación de origen, a su vez, a la Junta Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales.

Cumple precisar, que el dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez puede ser un procedimiento legal, extrajudicial y anticipado o, una prueba judicial dentro del proceso ordinario laboral oral.

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 41.148, 1993. Artículo 41.

² ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la Seguridad Social. En Pensión de Invalidez del Sistema de Pensiones. El Estado de Invalidez y su Determinación. Tercera Edición. Colombia. P. 356-358.

³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. Op. Cit. Artículo 38.

Aquel se encuentra regulado en su totalidad y tiene por finalidad permitir a las partes, con apoyo en dicha valoración, liquidar directamente las prestaciones correspondientes cuando no hay controversia, sin acudir al trámite judicial; al paso que, el segundo se presenta cuando la autoridad judicial designa a las Juntas como peritos dentro del proceso laboral, evento en el que, surgen dificultades relacionadas con su producción y contradicción, en tanto que, puede generar demora e incluso paralizar el proceso como consecuencia del tiempo que utilizan esas entidades para proferir su diagnóstico, además, los vacíos normativos imponen al juzgador adecuar el procedimiento previsto para la contradicción de la pericia⁴, al dictamen de la Junta, respetando los principios que orientan los asuntos del trabajo.

Cabe destacar, que el dictamen pericial de calificación de invalidez es determinante para el reconocimiento u otorgamiento de pensiones de invalidez o sobrevivencia o las diferentes prestaciones económicas derivadas de la disminución en la capacidad laboral, sean de origen común o profesional, sin embargo, su producción y contradicción como prueba judicial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez (Regional y Nacional), en la práctica procesal registra dificultades dentro del trámite del proceso ordinario laboral oral, en tanto que:

(i) Puede generar demora e incluso paralizar el proceso como consecuencia del tiempo que utilizan esas entidades para proferir su diagnóstico, así como la apelación del experticio de las Juntas Regionales ante la Junta Nacional, pues, para proferir la decisión se impone el pago previo de honorarios, la existencia de historia clínica y los exámenes necesarios para efectuar la calificación y/o resolver la impugnación, remisión de documentos, la asistencia dentro del término previsto de quien se va a ser calificado, así como el traslado respectivo de la prueba por fuera de audiencia, situaciones que dificultan el curso ágil y expedito del proceso ordinario laboral oral previsto para máximo dos audiencias, que por lo general, impide cumplir no solo el periodo de tres meses entre la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio y la audiencia de trámite y juzgamiento, sino también, el nuevo término de un año de duración del proceso en primera instancia que trae el CGP⁵, con independencia de la discusión de su aplicación o no en materia de derecho del trabajo, circunstancia que presiona al fallador ante la

⁴ En el Código de Procedimiento Civil o en el Código General del Proceso, según el caso.

⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1564, (12, julio, 12), Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Artículo 121.

disminución en su calificación⁶, respecto de la que, debe tomar alguna determinación.

(ii) Existe discusión en cuanto a la validez de dicho medio de convicción, ante la alegada vulneración de los principios de oralidad y publicidad que en materia laboral exigen efectuar la práctica de pruebas de las instancias, en audiencia pública so pena de nulidad⁷, al paso que, el dictamen de las Juntas de Calificación siempre se presenta por escrito, pues, está definido como el documento que contiene la decisión de la Junta sobre el origen de la contingencia, la pérdida de capacidad con fecha de estructuración, sus fundamentos fácticos y jurídicos y, la información general de quien es objeto de dictamen⁸, sin que el grupo interdisciplinario que conforma la Junta acuda a la audiencia pública a explicar el contenido del experticio, a aclararlo y/o complementarlo y/o a resolver la objeción, en los eventos en que se presenten estas situaciones, por el contrario, la valoración se emite en audiencia privada de decisión, sin participación de los interesados⁹.

(iii) El Decreto 1352 de 2013, prevé la notificación de la determinación y los recursos que contra ella proceden, entonces, surge la discusión si tales actuaciones solo son viables cuando el dictamen de la Ju se emite como procedimiento legal, extrajudicial y anticipado y, no cuando se profiere como prueba judicial dentro del proceso ordinario laboral oral, caso en el que, para lograr la notificación y firmeza del dictamen el operador judicial debe acudir a sus facultades discrecionales como juez director del proceso, adecuando el procedimiento de contradicción del dictamen pericial con la regulación prevista en el CPC o en el CGP, según corresponda.

En este orden de ideas, el problema jurídico planteado consiste en determinar ¿Qué debe hacer el juzgador de instancia para privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, cuando en la producción y contradicción del

⁶ COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Acuerdo PSAA14 - 10281, (24, diciembre, 2014). Por medio del cual se reglamenta el sistema de evaluación de servicios de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial. Artículo 22. Parágrafo.

⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2158, (24, junio, 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial N° 26.761, 1948. Adoptado como legislación permanente por el Decreto 4138, 1948. Artículo 42.

⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto 1352. (26, junio, 2013). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48.834, 2013. Artículo 40. Inciso 1°.

⁹ *Ibíd.* Artículo 39.

dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez como prueba judicial, no se cumplen los principios regulatorios del procedimiento laboral oral (oralidad, publicidad, inmediación, inquisitivo, celeridad y concentración)?

En adición a lo dicho en precedencia, la importancia de resolver esta pregunta de investigación, radica en que, en oportunidades dentro de los anexos de una demanda laboral se encuentra el dictamen tanto de la Junta Regional como de la Nacional, pero, el accionante acude a la administración de justicia para controvertirlo, porque, no está de acuerdo con su contenido o, a pedir la práctica de uno nuevo para que sea el juez quien decida conforme a la sana crítica, a cual le da mayor credibilidad o, incluso, que no se haya emitido pronunciamiento alguno por las Juntas y se solicite al fallador decretar como prueba judicial la calificación del asegurado por dichos organismos.

Entonces, lo que está por demostrarse, es que, el juzgador de instancia debe privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, cuando en la producción y contradicción de la prueba pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez no se cumplen los principios regulatorios del procedimiento laboral oral (oralidad, publicidad, inmediación, celeridad y concentración), con criterios de equidad, medida y racionalidad en la solución del conflicto. Por ello, cuando dentro del proceso se decreta como prueba la ponderación de invalidez del afiliado por las Juntas de Calificación, el juez debe procurar en la medida de lo posible, conocer los tiempos de duración para la emisión de dicho dictamen en su región, así como los de la Junta Nacional y, con base en esto, en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación de litigio¹⁰, si decreta el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, debe establecer expresamente en el acta, desde ese momento, las pautas a seguir en relación con: conceder a la parte que solicitó el experticio un término definido para que demuestre que realizó los trámites ante el señalado organismo para la práctica de la prueba, (pago de honorarios, remisión de documentos, etc.), advertir a las partes que recibido el dictamen, efectivizará su publicidad y contradicción, corriendo traslado por fuera de audiencia, señalando los términos correspondientes para la aclaración, adición y objeción, previendo la posibilidad de la apelación ante la Junta Nacional en caso de ser necesario, precisándoles que la fijación de la fecha de audiencia de trámite y

¹⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2158, (24, junio, 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial N° 26.761, 1948. Adoptado como legislación permanente por el Decreto 4138, 1948. Artículo 77.

juzgamiento se efectuará una vez sobre firmeza el dictamen de las Juntas de Calificación de invalidez, oportunidad en la cual, practicará las pruebas restantes, escuchará las alegaciones y proferirá la correspondiente sentencia.

Ello, por cuanto el derecho como disciplina práctica esta siempre anclado en la realidad, entonces, el juzgador de instancia que instruye el proceso debe asumir una actitud previsiva, determinando y aplicando plazos y trámites razonables, de modo que, los tiempos presupuestados incluyan la duración media de la expedición del dictamen de calificación del estado de invalidez, tanto regional como nacional, con un término adicional preventivo para su emisión y contradicción.

Así, el presente Trabajo Final de Maestría está constituido por dos capítulos: en el primero se expondrán los antecedentes del problema de investigación; la importancia de abordar de manera crítica la labor del juzgador de instancia al privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, cuando en la producción y contradicción de la prueba pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez no se cumplen los principios regulatorios del procedimiento laboral oral; en este sentido, la necesidad de la emisión y contradicción del dictamen por las Juntas de Calificación de Invalidez se analiza desde el significado que tiene para (i) el ciudadano que accede a la administración de justicia a solicitar la pensión de invalidez o de sobrevivientes o, las demás prestaciones económicas derivadas de la disminución de la capacidad laboral, de origen común o profesional, que requiera la práctica de esta prueba; (ii) asimismo, en la perspectiva de la actitud que debe asumir el operador judicial (singular o colegiado) como juez director del proceso ante las dificultades que representa la práctica y contradicción de éste medio probatorio y; (iii) el impacto que la resolución judicial adecuada o inadecuada produce en la sociedad, en los doctrinantes o teóricos del derecho y en las facultades de ciencias sociales, esto es, en la comunidad jurídica.

El segundo capítulo hace referencia al normativismo en la administración de justicia, referido a las diversas concepciones jurídico – procesales, frente a la actitud que debe asumir el operador judicial ante las antinomias del ordenamiento jurídico y la indeterminación de los conceptos legales; la interpretación judicial y la ductibilidad del derecho; así como la necesidad de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, esto es, el planteamiento de las propuestas que solucionan el problema.

Ahora, el objetivo general del presente Trabajo Final de Maestría es identificar la tensión existente entre los principios de oralidad, publicidad, concentración e intermediación que regulan el procedimiento laboral oral, restringido por el legislador a dos audiencias, frente a los principios de debido proceso y primacía del derecho sustancial, materializados en los tiempos y oportunidades legales para producir y contradecir la prueba del dictamen pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez, la pronta resolución judicial, así como la determinación y aplicación de plazos razonables.

Como objetivos específicos (i) destacar la importancia de la labor del juzgador al privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, cuando en la producción y contradicción de la prueba pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez no se cumplen los principios regulatorios del procedimiento laboral oral, así como el impacto que una decisión judicial adecuada trasmite a quien acude a la justicia, a la comunidad jurídica y, al propio juzgador; (ii) comparar las diversas posiciones interpretativas sobre las posibilidades de acción judicial frente a casos problemáticos, destacando que en la actualidad, la concepción del derecho exige una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas, cuestionando lo que existe detrás de los textos oficiales, vale decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado que no encuentran justificación en el presente y; (iii) recomendar una actitud judicial proactiva que privilegie la justicia material, con criterios de equidad, medida y racionalidad en la solución del conflicto.

Finalmente, cumple señalar, que de los dos grandes métodos de investigación, lógicos y empíricos, utilicé el primero, es decir, desarrollé la aproximación al objeto de conocimiento, del trabajo investigativo sobre la *CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL ORAL*, con apoyo del pensamiento en sus funciones de deducción, análisis y síntesis.

Específicamente desarrollé el método lógico – deductivo, partiendo de lo general a lo particular, aplicando principios y teorías generales a casos particulares, a través de juicios, estableciendo principios desconocidos a partir de principios conocidos o aplicando nuevas consecuencias apoyadas o fundamentadas en principios conocidos.

Empleando principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios. El papel de la deducción en la investigación es doble: el primero consiste en encontrar principios desconocidos a partir de los conocidos. Una ley o principio puede reducirse a otra más general que la incluya. También sirve para descubrir consecuencias desconocidas, de principios conocidos¹¹.

En este sentido, (i) recopilé información con la que diseñé el estado del arte y del marco teórico tendientes a evidenciar y resolver la contradicción que se presenta en los tiempos y oportunidades legales en la producción y contradicción del dictamen pericial de las Juntas de Calificación de Invalidez frente al trámite del proceso ordinario laboral oral. (ii) Analicé jurisprudencia y doctrina que me permitieron comparar las diversas posiciones jurídicas y de interpretación para resolver casos problemáticos, desarrollar la investigación y proponer la hipótesis de trabajo, consistente en una actitud previsiva, proactiva y constitucional del juzgador de instancia desde la audiencia obligatoria de conciliación, privilegiando la justicia material frente a las ritualidades procesales, destacando las facultades y deberes del operador judicial como juez director del proceso ante las antinomias del ordenamiento, así como la fuerza vinculante de los principios y valores constitucionales, específicamente en asuntos de seguridad social, aplicando criterios de equidad, medida y racionalidad en la solución del conflicto.

¹¹ BEHAR RIVERO, Daniel. Metodología de la investigación. Editorial Shalom. 2008. P. 39.

1. IMPORTANCIA DE ABORDAR CRÍTICAMENTE LA EMISIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ COMO PRUEBA JUDICIAL DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL ORAL

El presente capítulo inicia con una exposición del dictamen pericial, peritación o prueba por peritos, su justificación, concepto, noción, historia, definición legal y doctrinaria, así como su naturaleza, para luego entrar específicamente en la calificación de pérdida de la capacidad laboral, su regulación legal como procedimiento legal extrajudicial y anticipado (requisitos mínimos, procedimiento interno como reparto, sustanciación, ponencia, *quorum*, decisiones, experticio, notificación, aclaración, corrección, recursos y, firmeza), su contradicción como prueba judicial que carece de carácter solemne y, su desarrollo jurisprudencial en cuanto a apreciación y valoración por los jueces.

Seguidamente se aborda el tema de la reformulación de la oralidad en asuntos laborales, el nuevo diseño del proceso ordinario laboral de primera instancia, la exigencia de la oralidad y la publicidad en el trámite procesal laboral so pena de nulidad, la oportunidad probatoria y el juez director del proceso, con facultad para tomar medidas que garanticen el respeto por los derechos fundamentales, el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en el trámite.

Luego se trata el tema de justicia y acceso a la administración de justicia, resaltando el impacto de la decisión judicial frente al ciudadano que acude a solicitar la pensión de invalidez o de sobrevivientes o, las demás prestaciones económicas derivadas de la disminución de la capacidad laboral, de origen común o profesional, que requiera la práctica de esta prueba, asimismo, en la perspectiva de la actitud que asume el operador judicial (singular o colegiado) como juez director del proceso ante las dificultades que representa la práctica y contradicción de éste medio de convicción y, finalmente, las implicaciones de la resolución judicial adecuada o inadecuada en la sociedad, en los doctrinantes o teóricos del derecho y en las facultades de ciencias sociales, esto es, en la comunidad jurídica.

En este contexto se expone el problema jurídico planteado, la importancia de abordar de manera crítica la labor del juzgador de instancia para privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los

ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, cuando en la producción y contradicción de la prueba pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez, no se cumplen los principios regulatorios del procedimiento laboral oral, identificando la tensión existente entre los principios que regulan el procedimiento laboral oral, frente a los principios de debido proceso y primacía del derecho sustancial.

1.1 DICTAMEN PERICIAL, PERITACIÓN O PRUEBA POR PERITOS

El dictamen pericial encuentra su justificación en la limitación del conocimiento del ser humano, ya que, por estudioso y versado que sea el juzgador no puede dominar todas las áreas del saber, entonces, debe acudir a sus congéneres que, poseedores de conocimientos técnicos, científicos, experimentales o artísticos, le pueden auxiliar en el logro de una mejor comprensión de los hechos, las causas que los generaron y los efectos que produjeron. Así, atendiendo la diversidad de asuntos litigiosos que se presentan en los procesos, el juez establecerá la necesidad de contar o no con un experto en determinadas áreas, que proporcione una colaboración suficiente y permita el logro de una más clara comprensión de las circunstancias fácticas, en consecuencia, de una correcta aplicación del derecho.

El perito entonces, es la persona que posee conocimientos especializados sobre alguna materia, a quien se acude en búsqueda de dictamen cuando, para conocer y apreciar los hechos de influencia en el proceso, sean necesarios o convenientes sus conocimientos científicos, artísticos o prácticos.

La prueba por peritos procura que expertos en una determinada área del saber, colaboren con el juez para hacerle entendible acontecimientos que para él resultan difíciles de captar y, para que a su vez, se precisen las causas y los efectos de los señalados sucesos, con un verdadero conocimiento objetivo, demostrable y controlable, reduciendo al mínimo las posibilidades de error, pues, la apreciación de la prueba no puede ser abandonada a la impresión personal, a la intuición, al sentimiento, menos a la fantasía.

Entonces, cuando en el proceso se requieren conocimientos especializados, vale decir, aquellos que escapan a la preparación media de las personas, se debe recurrir a quienes por sus estudios o

experiencia los posean, conocimientos que pueden ser técnicos, científicos o artísticos¹².

Así, “el dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos”¹³.

1.1.1 Historia. La peritación no tiene una historia tan antigua como la que poseen el testimonio o la confesión, ya que, la ciencia como base y auxilio de los jueces a través de sus expertos, acompaña la función judicial desde que la sociedad tomó conciencia de que, a pesar de ser el juez un docto perfectamente capacitado en las ciencias del derecho, requería del concepto de personas especializadas en otras áreas del saber, que con el objetivo análisis de los hechos, le permitirían conocer de cerca la realidad histórica que se escapaba a su intelecto y comprensión por carecer él de la sabiduría absoluta¹⁴.

Por ello, la historia de los peritos se extrae de fuentes del derecho romano clásico sin que se tenga antecedentes de ellos en la época primitiva, pues, para ese entonces, no se requerían las profesiones y especialidades de hoy.

Se sabe de la existencia del perito agrimensor para disputas entre propietarios de terrenos y de lindes, deslindamientos de terrenos, así como de las peritos comadronas, que informaban sobre asuntos de gestación resultados y diagnósticos de embarazo¹⁵.

Los autores que han estudiado el derecho romano, afirman que es posible encontrar, en la legislación de JUSTINIANO, referencias al nombramiento de peritos, así por ejemplo: refiere ULPIANO, el del marido que alegó que su mujer divorciada estaba en cinta de otro

¹² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400, (06, agosto, 1970). Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial N° 33150, 1970. Artículo 233, modificado por el Código General del Proceso. Artículo 226.

¹³ PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio. Décima Tercera Edición. Colombia: Ediciones Librería Profesional. P. 533.

¹⁴ SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel, Peritación o la prueba por peritos. Tomado de la página web: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/23-24/7-DanielSuarez.pdf>. P. 148.

¹⁵ Autor desconocido, Historia de los Peritos. Tomado de la página web: <http://perito.biz/historia/>

hombre y que debía ser recluida, el pretor urbano autorizó al juez para que nombrara tres comadronas (obstetricas), que practicaran un reconocimiento del vientre. Para restablecer los límites borrados o destruidos por la inundación, se recurría a los agrimensores, quienes más que como peritos se les facultaba para decidir la cuestión. En el sistema extraordinario es más frecuente el nombramiento de tasadores para hacer avalúos, a hortelanos para cuestiones agrícolas, y a expertos calígrafos para el cotejo de documentos¹⁶.

En el derecho post clásico aparecen los peritos calígrafos para efectos de autenticidad de firmas y documentos empleando la técnica del cotejo de letras.

En la edad media se empezaron a practicar los primeros peritajes médicos a instancias de la inquisición, en casos relacionados con abortos clandestinos, infanticidios, lesiones homicidios, etc., es en este momento que aparece la figura del perito forense. Seguidamente, en Francia se promulgó la *Constitutio Criminalis Carolina* que debía ser realizada por personas con experiencia mediante informes y bajo juramento, el siglo XVI aparecieron las *Ordenanzas de Elois*, que comienzan a regular la actividad pericial.

En la segunda mitad del siglo XIX, se evolucionó en la ciencia y en la técnica del peritaje y, en España, desde hace más de una centena, existe la profesión con título universitario de perito¹⁷.

Hoy la prueba pericial es de gran importancia dentro del proceso judicial, en tanto que, los adelantos científicos le permiten al juzgador determinar con precisión la causa de los hechos, su significado, su temporalidad y, sus efectos. Las ciencias médicas, criminalísticas, químicas, matemáticas biológicas, antropológicas, cibernéticas, telemáticas y, de computación están en continua evolución, constituyendo un importante apoyo de la administración de justicia.

A través de la ciencia se ha logrado el estudio de restos humanos, cabellos, piel, sangre, tejidos humanos, líquidos orgánicos, dientes,

¹⁶ PARRA QUIJANO, Jairo, Tratado de la Prueba Judicial, la Prueba Pericial. Tomo V, Segunda Edición. Colombia: Ediciones el Profesional. P. 84.

¹⁷ Autor Desconocido, Historia de los Peritos. Tomado de la página web: <http://perito.biz/historia/>

estructura ósea, a efectos de identificar el cadáver, el tiempo probable en que se produjo un crimen, las circunstancias en que murió la víctima y las precisas causas de la misma. Gracias a la antropometría, se logra la identificación del cuerpo humano, la dactilografía, permite el estudio de las huellas decadactilares irrepetibles en el ser humano; la odontología aporta la identificación de la dentadura y, la toxicología determina los casos en que la muerte se produjo por envenenamiento. Son estas pues, a manera de ejemplo, muestras claras de las herramientas que suministra al proceso penal, los estudios complejos y científicos del ser humano vivo o muerto que permiten al juzgador estar cada vez más cerca de la realidad criminal¹⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Código Judicial¹⁹ reguló la prueba pericial en sus artículos 705 a 723, señalando la intervención de peritos para la comprobación de hechos que exigieran conocimientos o prácticas especiales, cuyo nombramiento por regla general, correspondía a las partes, quienes podían convenir en nombrar uno solo, de lo contrario cada una nombraría el suyo y estos el tercero; al juez solo correspondía nombrarlos en los casos taxativamente señalados. Jueces y partes estaban obligados a nombrar peritos imparciales, honorables y competentes; emitido el dictamen se ponía en conocimiento de las partes por tres días para que, se les pudiera pedir explicación, ampliación, lo rindieran con mayor claridad y en caso de oscuridad o deficiencia en la exposición se les señalaba un término para que lo subsanaran; también se podía objetar por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción; si se declaraba fundada la objeción se repetía la diligencia con intervención de otros peritos, cuyo dictamen no era susceptible de nuevas tachas.

En el Código de Procedimiento Civil²⁰, la prueba por peritos se reguló en los artículos 233 a 243, señalando la procedencia de la peritación para verificar hechos que interesaran al proceso y requirieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Estableció dos peritos para procesos de mayor cuantía y un tercero en caso de

¹⁸ SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel, Peritación o la prueba por peritos. Tomado de la página web: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/23-24/7-DanielSuarez.pdf>. P. 149-150.

¹⁹ COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 105, (24, octubre, 31), "Sobre organización judicial y procedimiento civil". Diario Oficial No 21.823, de 24 de octubre de 1931.

²⁰ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 1400, (06, agosto, 70), Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970.

desacuerdo; asunto modificado por la Ley 794 de 2003²¹, al disponer que sin importar la cuantía o naturaleza del proceso, todo dictamen se practicaría por un solo perito; para efectos de la contradicción del dictamen, se corría traslado a las partes por tres días término dentro del cual podían pedir complementación, aclaración u objeción por error grave, si el juez consideraba procedente la complementación o la aclaración accedía a la solicitud señalando un término prudencial para ello, que no podía exceder de diez días; si además, se solicitaba la objeción, solo se resolvería una vez complementado y aclarado; de la aclaración o adición se daba traslado a las partes por tres días, durante los cuales podían objetarlo por error grave; en el escrito de objeción se pedían las pruebas que se pretendían hacer valer y de él se corría traslado a las partes; no era objetable el dictamen rendido como prueba de las objeciones, pero, sí era susceptible de complementación y aclaración; la objeción se apreciaba en la sentencia o en el incidente en el que practicó el dictamen; el juez podía acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos que sería inobjetable, pero, si se podía solicitar complementación y aclaración; contradicción modificada por el artículo 1, numeral 110 del Decreto 2282 de 1989²², en el sentido que el escrito de objeción debía precisar el error, además, las partes que no habían objetado el dictamen podían pedir pruebas durante el término de traslado de la objeción.

El Código General del Proceso²³ regula la prueba pericial en sus artículos 226 a 235, señalando su viabilidad para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos; todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos o investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones, estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento; en virtud de la

²¹ COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 794, (08, enero, 03) Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 45.058 de 9 de enero de 2003.

²² COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 2282 (07, octubre, 89), con el cual se introducen algunas reformas al régimen probatorio, previsto en el Código de Procedimiento Civil Colombiano, Diario Oficial No. 39.013 de 7 de octubre de 1989.

²³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1564, (12, julio, 12), Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen; la contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes; las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito; si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor. En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.

1.1.2 Naturaleza jurídica. Este medio de convicción tiene una doble dimensión, de una parte ilustra al juez en asuntos de carácter técnico, científico o artístico que requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate y, de otro, es una prueba en sí misma considerada, tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos, con ella se acredita a través de la ponderación técnica, científica o artística la situación fáctica debatida. Entonces, en su condición de prueba, el dictamen pericial debe ser sometido a la contradicción de las partes materializada en mecanismos de aclaración, adición u objeción por error grave²⁴.

Así, el dictamen pericial cumple dos funciones, de una parte, permite en el proceso conocimientos científicos o prácticos que el juez podría conocer, pero, que no está obligado a ello, precisos para emitir la decisión, de otro lado, opera como concepto de pericia de verificación de hechos o, lo que es lo mismo, constataciones objetivas que pueden ser independientes de la persona del inculpado²⁵.

En este orden, la prueba pericial responde a una naturaleza jurídica dual, en tanto es comprendida como un verdadero medio de prueba debido a que procura la convicción en un determinado sentido, porque, la actividad que despliega el perito tiene una finalidad probatoria, al pretender la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos, además, el experticio también es un mecanismo auxiliar del juez, a través del cual no se aportan hechos distintos de los debatidos procesalmente, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por el operador judicial. Así, mientras los medios de prueba introducen en el juicio afirmaciones fácticas relacionadas con las aseveraciones iniciales de las partes, con interés

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 124, (01, marzo, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ SILVA MELERO, V. La prueba Procesal. Tomo I. (1967). Madrid. Editorial Revista de Derecho. P. 275 - 276.

exclusivo para el proceso concreto, la pericia contiene máximas de experiencia técnicas especializadas de validez universal para cualquier tipo de debate²⁶.

1.1.3 Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral. Se considera inválida la persona que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral²⁷. Estado de invalidez que se determina conforme al manual único de calificación de invalidez vigente a la fecha de valoración, expedido por el Gobierno Nacional, instrumento que debe indicar los criterios técnicos de evaluación para determinar la imposibilidad que tenga el afectado en el desempeño de su trabajo por pérdida de su capacidad laboral, con criterios técnicos - científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas, ante deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente²⁸.

Corresponde al ISS, a COLPENSIONES, a las ARL, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral, calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. Si el interesado no está de acuerdo con la calificación debe manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad debe remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, decisión apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichos dictámenes proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez, expedido por cualquiera de las señaladas entidades, debe contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que apoyan su decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional²⁹.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 796, (21, septiembre, 06). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. P. 18.

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 41.148, 1993. Artículo 38 y, Ley 776. (17, diciembre, 2002). Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales. Diario Oficial N° 45.037, 2002. Artículo 9.

²⁸ *Ibíd.* Artículo 41, inciso 3°. Modificado por el Decreto 019 de 2012, artículo 142.

²⁹ *Ibíd.*, inciso 3°.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades mencionadas sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, se tiene que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional, por cuenta de la respectiva entidad³⁰.

Para los casos de accidente o enfermedad común con concepto favorable de rehabilitación por la EPS, la AFP postergará el trámite de calificación de invalidez hasta por un máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la EPS, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la AFP otorgará un subsidio³¹ equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. La EPS debe emitir dicho concepto antes que se cumpla el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes que se cumpla el día ciento cincuenta (150), a cada una de las AFP donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expide el concepto respectivo, según corresponda.

Cuando la EPS no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, debe pagar un subsidio equivalente a la incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el concepto³².

En suma, sin perjuicio de lo establecido respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen y, a la Junta Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las juntas regionales³³.

1.1.4 Trámite ante las Juntas Regionales. La solicitud de valoración de la persona objeto de dictamen se debe presentar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez que corresponda según su jurisdicción, atendiendo la ciudad de residencia de quien se va a calificar,

³⁰ *Ibíd.*, inciso 4°.

³¹ *Ibíd.*, Artículo 41. Modificado por el Decreto 019 de 2012, artículo 142.

³² *Ibíd.*, inciso 6°. Modificado por el Decreto 019 de 2012, artículo 142.

³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1562. (11, julio, 2012). Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional. Diario Oficial N° 48.488, 2012. Artículo 18. Que adicionó el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

encontrándose legitimados para peticionarla las entidades del sistema³⁴, el trabajador o su empleador, el pensionado por invalidez o aspirante a beneficiario o la persona que demuestre que aquel está imposibilitado, los Inspectores de Trabajo del Ministerio del Trabajo, cuando se requiera un dictamen de las juntas sobre un trabajador no afiliado al sistema de seguridad social por su empleador, **las autoridades judiciales o administrativas, cuando designen a las Juntas Regionales como peritos**, las entidades o personas autorizadas por los fondos o empresas que asumían prestaciones sociales en regímenes anteriores a los establecidos en la Ley 100 de 1993, para los casos de revisión o sustitución pensional, las entidades o personas autorizadas por las Secretarías de Educación y las autorizadas por la Empresa Colombiana de Petróleos, por medio de las Administradoras del Fondo de Solidaridad Pensional y, las personas que requieran la pensión por invalidez como consecuencia de eventos terroristas³⁵.

Con todo, el trabajador, el empleador, el pensionado por invalidez o aspirante a beneficiario, pueden acudir directamente ante las Juntas Regionales cuando se presente alguna de las siguientes causales, evento en el que deben manifestar por escrito en cuál de ellas se encuentra: a) si transcurridos treinta (30) días calendario después de terminado el proceso de rehabilitación integral aún no ha sido calificado en primera oportunidad, en todos los casos, la calificación no podría pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la Junta, sin perjuicio que dicho proceso de rehabilitación pueda continuar después de la calificación, bajo pertinencia y criterio médico dado por las instituciones de seguridad social; b) cuando dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación de la inconformidad, conforme al artículo 142 del Decreto 19 de 2012, las entidades de seguridad social no remitan el caso ante la junta regional de calificación de invalidez³⁶.

Cuando se recurre directamente ante la Junta, a la solicitud debe anexarse copia de la consignación de honorarios, carta u oficio dando aviso a su EPS, ARL y administradora del sistema general de pensión, así como los documentos que se encuentren en poder del interesado, solo en este caso,

³⁴ Administradoras del sistema de pensiones, compañías de seguros que asuman los riesgos de invalidez y muerte, las ARL, las EPS, y las compañías de seguros en general.

³⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto 1352. (26, junio, 2013). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48.834, 2013. Artículo 28.

³⁶ *Ibíd.*, artículo 29, inciso 1°.

las Juntas no exigirán el cumplimiento de todos los requisitos legales, sino que pedirán a las entidades correspondientes los documentos faltantes³⁷.

En estos eventos, el Director Administrativo determinará la entidad de seguridad social a la que corresponde pagar los honorarios y procederá a realizar el respectivo cobro a la ARL o Administradora del Sistema General de Pensiones según sea el caso, a través de las acciones de cobro judicial ante los jueces laborales, en la que solicitará el pago de intereses y costas del proceso, además, debe presentar queja ante las diferentes autoridades administrativas, sin que se suspenda el trámite ante la Junta por la falta de pago de honorarios³⁸. Asimismo, dará aviso a la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo o autoridad para que se inicie la investigación e imponga las sanciones correspondientes por incumplimiento de términos en la primera oportunidad³⁹.

1.1.4.1 Requisitos Mínimos Para Solicitar el Dictamen.

Para el trámite de calificación de invalidez ante las Juntas, los expedientes o casos requieren unos condicionamientos mínimos, según se trate de accidente, enfermedad o muerte, independientemente de quién es el actor responsable de la información debe estar anexa en el expediente a radicar⁴⁰.

El empleador debe aportar los documentos que correspondan y sean de su responsabilidad, expedirá certificaciones, realizará estudios o dará una constancia al respecto, si no lo hace, la entidad de seguridad social debe dejar constancia escrita del incumplimiento de los requisitos, debiendo informar a la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo para la investigación y sanciones contra la empresa o empleador; pero, la ausencia de requisitos o documentos responsabilidad de la empresa, no puede afectar derechos, prestaciones y calificación de origen, pérdida y, fecha de estructuración⁴¹. Ante esta omisión se aceptará la reconstrucción de la información realizada por la ARL, cuyos costos, en todo caso, serán recobrables al respectivo empleador o empleadores responsables. Si la Junta de Calificación de Invalidez encuentra que la reconstrucción realizada dentro de la calificación en primera oportunidad, no se efectuó teniendo en cuenta el periodo de tiempo, modo y lugar de la exposición al factor de riesgo

³⁷ *Ibíd.*, inciso 5°.

³⁸ *Ibíd.*, párrafo 1°.

³⁹ *Ibíd.*, párrafo 2°.

⁴⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto 1352. (26, junio, 2013). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48.834, 2013. Artículo 30, inciso 1°.

⁴¹ *Ibíd.*, párrafo 1°.

que se analiza, solicitará su reconstrucción a través del equipo interconsultor respetando dichos criterios⁴².

En caso de insistencia en la radicación del expediente sin la información completa de exposición ocupacional, se recibirá advirtiendo que se podrá solicitar concepto de alguna de las entidades o profesionales del equipo interconsultor de las Juntas, con el fin de reconstruir la exposición ocupacional a criterio del médico valorador cuyos costos los asumirá la ARL y los recobrará al respectivo empleador o empleadores responsables⁴³. La calificación que llegue a las Juntas Regionales y Nacional dada en primera oportunidad sobre el grado de pérdida de la capacidad laboral y su fecha de estructuración deben estar soportadas en el Manual Único para la Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación. Los exámenes de laboratorio, diagnóstico y tratamiento prescritos como factores de calificación principales y moduladores serán parte de los requisitos obligatorios conforme lo requiera y exija el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional⁴⁴; además, debe contener los datos actualizados para notificar a la persona objeto de dictamen⁴⁵.

Si la solicitud se presenta incompleta, la junta indicará cuáles documentos faltan, a través de una lista de chequeo, en este caso el expediente no quedará en la Junta sino seguirá en custodia del solicitante, otorgándole treinta (30) días calendario para que allegue el expediente completo; se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud ante la Junta y se ordenará el archivo, cuando no allegue los requisitos faltantes, salvo que antes de vencer el plazo concedido radique petición de prórroga hasta por un término igual, sin perjuicio de que la misma pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos; si el interesado insiste en que se radique la solicitud ante la Junta con documentación incompleta, antes de que se declare el desistimiento, se recibirá y advertirá por escrito de las consecuencias, dándole curso al procedimiento ante la respectiva Junta⁴⁶.

1.1.4.2 Reparto

El reparto se efectuará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, entre los médicos integrantes de la junta de

⁴² *Ibíd.*, párrafo 2°.

⁴³ *Ibíd.*, párrafo 3°.

⁴⁴ *Ibíd.*, párrafo 4°.

⁴⁵ *Ibíd.*, párrafo 5°.

⁴⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto 1352. (26, junio, 2013). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48.834, 2013. Artículo 31.

manera proporcional o entre las salas de decisión en forma equitativa, si existe represamiento en una sala el reparto se distribuirá entre las demás⁴⁷.

1.1.4.3 Sustanciación y Ponencia.

Recibida la solicitud por el médico ponente se procederá de la siguiente manera: a) se citará al paciente por cualquier medio idóneo dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de lo cual se dejará constancia en el expediente; b) la valoración del paciente o persona objeto de dictamen se debe realizar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes; c) en caso de inasistencia del paciente a la valoración, al siguiente día se citará nuevamente por correo físico que evidencie el recibido de la citación para la valoración, esta última deberá realizarse dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al envío de la comunicación; d) de persistir la inasistencia del paciente a la valoración, al siguiente día se avisará por escrito a la ARL o Administradora del Sistema General de Pensiones de acuerdo a si la calificación en primera oportunidad fue de origen común o laboral, indicándole la nueva fecha y hora en la que se debe presentar el paciente para que esta lo contacte y realice las gestiones para su asistencia. La valoración de la persona se deberá realizar dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al recibo de la comunicación escrita a las Entidades anteriormente mencionadas; e) dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la valoración del paciente, el médico ponente estudiará las pruebas y documentos suministrados y radicará la ponencia; f) cuando el médico ponente solicite practicar pruebas o valoración por especialistas, debe señalar el término para ello; g) recibidos los resultados de las pruebas o valoraciones solicitadas, el médico ponente radicará el proyecto de dictamen dentro de los dos (2) días hábiles a su recibo y se incluirá el caso en la siguiente reunión privada de la junta; h) radicada la ponencia se agenda el caso en la siguiente audiencia privada de decisión, que en todo no caso no podrá ser superior a cinco (5) días hábiles⁴⁸.

La Junta Nacional debe decidir la apelación interpuesta, en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la radicación de la ponencia⁴⁹.

⁴⁷ *Ibíd.*, Artículo 36.

⁴⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto 1352. (26, junio, 2013). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48.834, 2013. Artículo 38.

⁴⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 19. (10, enero, 2012). Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario Oficial N° 48.308, 2012. Artículo 142.

Si se comprueba la imposibilidad de asistir a la cita de la persona a valorar, el médico ponente se trasladará para su valoración salvo que se demuestre la imposibilidad de traslado por caso fortuito o fuerza mayor, evento en el cual, se podrá dictaminar de acuerdo a las pruebas allegadas a la Junta. En todo caso la suspensión del trámite de valoración no podrá ser superior a sesenta (60) días calendario⁵⁰.

Si la persona objeto de valoración no asiste a la cita, una vez se surta el procedimiento reseñado, se avisará por escrito a las partes interesadas y se emitirá el dictamen con lo que repose en el expediente⁵¹.

1.1.4.4 Quórum y Decisiones

Las **decisiones se tomarán en audiencia privada, con asistencia presencial de todos los integrantes principales de la respectiva sala, sin participación de los interesados**, con el voto favorable de la mayoría de ellos. De no existir *quórum*, se convocará a los suplentes y en su ausencia, se solicitará a la Dirección de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo, la designación de un integrante *ad hoc*. Tanto **el voto como la ponencia deben surtirse por escrito**, de lo actuado en la audiencia privada se elaborará acta⁵².

1.1.4.5 Dictamen

Es **el documento** que debe contener la decisión de las Juntas Regionales en primera instancia o Nacional de Calificación de Invalidez en segunda instancia, sobre los siguientes aspectos: a) origen de la contingencia y b) pérdida de capacidad laboral con su fecha de estructuración, si el porcentaje de este último es mayor a cero por ciento de la pérdida de la capacidad laboral (0%), así como, los fundamentos de hecho y de derecho y, la información general de la persona objeto del dictamen⁵³.

Lo anterior, debe estar previamente establecido en la calificación que se realiza en primera oportunidad, las Juntas Regionales y la Nacional, en el dictamen resolverán únicamente lo que haya tenido controversia respecto del origen, la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración y

⁵⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto 1352. (26, junio, 2013). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48.834, 2013. Artículo 38, párrafo 2°.

⁵¹ *Ibíd.*, párrafo 3°.

⁵² *Ibíd.*, Artículo 39.

⁵³ *Ibíd.*, Artículo 40, inciso 1°.

transcribirá sin ningún tipo de pronunciamiento, ni cambio alguno, aquellos que no hayan tenido controversia⁵⁴.

La decisión del dictamen se toma por mayoría, todos los integrantes tienen la responsabilidad de expedirlo y firmarlo en el formulario establecido por el Ministerio del Trabajo. Si existe salvamento de voto, el integrante que lo presente debe firmar el dictamen, dejando constancia en el acta sobre los motivos de inconformidad y su posición, sin que esa diferencia conceptual sea causal de impedimento alguno⁵⁵.

1.1.4.6 Notificación

Dentro de los dos (2) días calendarios siguientes a la fecha de celebración de la audiencia privada, la Junta Regional de Calificación de Invalidez citará a través de correo físico a todos los interesados para que comparezcan dentro de los cinco (5) días hábiles al recibo de la misma para notificarlas personalmente, vencido el término anterior, si no es posible la notificación, se fijará en un lugar visible de la sede de la Junta durante diez (10) días hábiles, indicando la fecha de fijación y retiro del aviso. En todo caso se debe indicar los recursos que proceden⁵⁶.

En los casos de apelación, la Junta Nacional dentro de los dos (2) días calendario siguientes a la fecha de celebración de la audiencia privada comunicará el dictamen por correo físico que deje constancia de su entrega a la persona objeto del dictamen y a las demás personas interesadas. Una vez se tenga constancia de entrega de la comunicación a todas las partes interesadas, por quedar el dictamen en firme, remitirá el expediente a la Junta Regional para su control y custodia⁵⁷.

Si la solicitud de dictamen fue a través de la Inspección de Trabajo del Ministerio del Trabajo, **autoridades judiciales** o administrativas, actuando como peritos las Juntas de Calificación de Invalidez, la notificación o comunicación según sea el caso se surtirá en sus respectivos despachos. Para el efecto, la Junta remitirá solamente el dictamen a dichas entidades, las cuales se encargarán de la notificación o comunicación, posteriormente, el Inspector de Trabajo debe devolver debidamente notificado el dictamen⁵⁸.

⁵⁴ *Ibíd.*, inciso 3°.

⁵⁵ *Ibíd.*, artículo 40, inciso final.

⁵⁶ *Ibíd.*, Artículo 41, incisos 1° a 3°.

⁵⁷ *Ibíd.*, inciso final.

⁵⁸ *Ibíd.*, párrafo.

1.1.4.7 Aclaración y Corrección

Las Juntas de Calificación de Invalidez pueden corregir errores tipográficos, ortográficos o aritméticos que no modifiquen el fondo de la decisión, previa demostración de su fundamento, el cual quedará consignado en el acta y en el expediente correspondiente. La aclaración debe ser comunicada a los interesados y no admite recursos⁵⁹.

Para el efecto, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del dictamen en el caso de la Junta Regional o recibida la comunicación por la Junta Nacional, se recibirán las solicitudes de aclaración o las mismas Juntas de oficio podrán realizarlo, en todo caso la aclaración o corrección se hará con la firma de todos los integrantes que firmaron el dictamen y dentro de los dos (2) días hábiles siguientes lo comunicará a todas las partes interesadas, luego de dicho término queda debidamente ejecutoriado el dictamen⁶⁰.

La aclaración o corrección por la Junta Regional, no excluye el derecho de los interesados a presentar recursos de reposición y/o apelación frente al dictamen⁶¹.

1.1.4.8 Recursos de Reposición y Apelación

Contra el dictamen emitido por la Junta Regional proceden los recursos de reposición y/o apelación, presentados por cualquiera de los interesados ante la Junta Regional que lo profirió, directamente o por intermedio de sus apoderados, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, sin que requiera de formalidades especiales, exponiendo los motivos de inconformidad, acreditando las pruebas que se pretendan hacer valer y la respectiva consignación de los honorarios de la Junta Nacional si se presenta en subsidio el de apelación⁶².

La reposición debe ser resuelta por las Juntas Regionales dentro de los diez (10) días calendario siguientes a su recepción y no tendrá costo, en caso de que lleguen varios recursos sobre un mismo dictamen, el término empezará desde la fecha en que haya llegado el último⁶³.

⁵⁹ *Ibíd.*, Artículo 42, inciso 1°.

⁶⁰ *Ibíd.*, inciso 2°.

⁶¹ *Ibíd.*, inciso final.

⁶² *Ibíd.*, Artículo 43, inciso 1°.

⁶³ *Ibíd.*, inciso 2°.

Presentado el recurso de apelación en tiempo, se remitirá todo el expediente con la documentación que sirvió de fundamento para el dictamen dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, salvo que falte la consignación de los honorarios la Junta Nacional⁶⁴.

Si los recursos de reposición y/o apelación no fueron presentados en tiempo, queda en firme el dictamen⁶⁵.

Cuando la Junta Regional de Calificación resuelva el recurso de reposición a favor de la solicitud del recurrente no procederá la remisión a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pero si este no es favorable a la solicitud de alguno de los recurrentes se remitirá a la Junta Nacional si se interpuso de manera subsidiaria el recurso de apelación previa verificación de la consignación de honorarios⁶⁶.

1.1.4.9 Controversias sobre el Dictamen

Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la justicia ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social con arreglo al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la Junta correspondiente. Cuando el dictamen proferido por las Juntas Regional o Nacional se encuentre en firme, solo procede acudir a la justicia ordinaria⁶⁷.

1.1.4.10 Firmeza del Dictamen

Los dictámenes adquieren firmeza cuando: a) contra él no se haya interpuesto recurso alguno dentro del término de diez (10) días siguientes a su notificación; b) se hayan resuelto los recursos interpuestos y se hayan notificado o comunicado legalmente; c) una vez resuelta la solicitud de aclaración o complementación del dictamen proferido por la Junta Nacional y se haya comunicado a todos los interesados⁶⁸.

⁶⁴Ibíd., inciso 5°.

⁶⁵ Ibíd., inciso final.

⁶⁶ Ibíd., Artículo 45.

⁶⁷ Ibíd., artículo 43, parágrafo 3°.

⁶⁸ Ibíd., Artículo 45.

1.1.5 Formas de Contradicción y Control Para la Prueba Pericial. El ordenamiento jurídico tenía previsto para el dictamen pericial, en tanto medio de prueba, tres tipos de controles judiciales: la solicitud de aclaración o complementación, la objeción por error grave, así como la valoración judicial a lo largo del proceso, especialmente, al momento de proferir sentencia, siempre en el marco de la contradicción en audiencia⁶⁹.

La expresión “*En ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen*”, contenida en el artículo 432 numeral 2º literal a) del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, fue declarada exequible considerando que, la reforma legal reseñada busca, mediante la instauración de la oralidad en el proceso civil, proveer espacios más garantistas de la contradicción con el fortalecimiento de la inmediación, concentración y publicidad de la valoración probatoria, además, es plenamente posible cuestionar el contenido del dictamen incluso respecto de aquellos asuntos constitutivos de error grave, entonces, la reforma legal en cita, a través de la oralidad, cumple con el legítimo fin constitucional de contar con procedimientos fundados en la diligencia del trámite, artículo 228 CP y, tan solo restringe uno de los medios de control, por tanto, resulta compatible con las garantías de contradicción y defensa propias del derecho al debido proceso⁷⁰.

Se trae a colación lo resuelto en la sentencia de exequibilidad, dada su pertinencia en el proceso ordinario laboral oral.

1.1.6 Apreciación y Valoración del Dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez por el Juez. La jurisprudencia de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha adoctrinado, que los dictámenes de las Juntas Regionales y Nacional de calificación de invalidez, no son pruebas solemnes, por tanto, el juzgador no está condicionado a la tarifa legal de prueba; así, como prueba pericial que es, queda sometida a la libre apreciación del juez⁷¹.

⁶⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400, (06, agosto, 1970). Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial N° 33150, 1970. Artículo 238.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 124, (01, marzo, 11). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. P. 36.

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 35450, (18, septiembre, 12). M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. P. 11.

En dicha decisión, la Corporación en cita también explicó, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez no obliga al juzgador y que si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos experticios disímiles, uno rendido por la Junta Regional y otro por la Nacional, podrá escoger para fundamentar su decisión el que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente, también puede optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen dentro del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del CPTSS. Lo anterior, en armonía con las disposiciones que regulan los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez, concretamente el Decreto 2463 de 2001, cuyo artículo 35 prevé que son controvertibles ante los jueces del trabajo y, el artículo 40 según el cual, las actuaciones de la Junta no constituyen actos administrativos por lo que, en estricto rigor y para efectos de la valoración probatoria que ha de realizar el juez dentro de la actuación judicial, no están sometidos a la jerarquización propia de los procedimientos administrativos. Adicionalmente, porque con arreglo a la Constitución y la Ley, son los jueces laborales y no los peritos, quienes tienen facultad para dirimir esa clase de controversias de la seguridad social, con el carácter de cosa juzgada.

Cumple precisar, que el dictamen de calificación de invalidez, como procedimiento legal, extrajudicial y anticipado, tiene por finalidad permitir a las partes, con apoyo en él, liquidar directamente las prestaciones correspondientes cuando no hay controversia, sin acudir al trámite judicial⁷².

Ahora, como subreglas jurisprudenciales, en relación con las Juntas de Calificación de Invalidez la Doctrina Constitucional ha previsto⁷³:

i) La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad de su realización. Al efecto, a tal solicitud se debe allegar el certificado correspondiente (Art. 9° del Decreto 917 de 1999 y arts. 23 y 25-3 del Decreto 2463 de 2001).

ii) Valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina o se revisa, para lo cual las juntas deben proceder a

⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 40050, (08, mayo, 13). M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. P. 27.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 436, (28, abril, 05). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. P. 11.

realizar el examen físico correspondiente antes de elaborar y sustanciar la respectiva ponencia (Art. 28 *ibíd.*); y

iii) Motivación de las decisiones adoptadas por estos organismos, pues deben sustanciar los dictámenes que emiten explicando y justificando en forma técnico científica la decisión que adoptan (arts. 28 a 31 *ibíd.*).

Además, los artículos 11 y 40 del Decreto 2463 de 2001 asignan competencia a la justicia ordinaria laboral para conocer de la impugnación de los dictámenes de los juntas de calificación de invalidez, dado que tales actos no son propiamente administrativos.

1.1.7 Medio Probatorio Susceptible de Contradicción. Los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez son controvertibles ante los jueces del trabajo, las actuaciones de la Junta no constituyen actos administrativos, entonces, la ponderación del fallador dentro de la actuación judicial no está sometida a la jerarquización propia de los procedimientos administrativos. Así, con arreglo a la Constitución y la Ley son los jueces laborales y no los peritos quienes tienen facultad para dirimir las controversias sobre seguridad social con fuerza de cosa juzgada⁷⁴.

1.1.8 Procedimiento De Dos Instancias Cuya Naturaleza No Es Administrativa Ni Judicial. Con arreglo al Decreto 917 de 2009, las Juntas de Calificación de Invalidez son organismos de creación legal, conformados por particulares que tienen a su cargo: (i) la calificación mediante evaluación técnica científica del grado de pérdida de capacidad laboral de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social, (ii) la determinación de origen (común o profesional) y, (iii) la definición de la fecha de estructuración, con aplicación del Manual Único de Calificación de Invalidez⁷⁵.

Así, el procedimiento legal, extrajudicial y anticipado es de dos instancias cuya naturaleza no es administrativa ni jurisdiccional, su finalidad es exclusivamente la certificación de la incapacidad laboral para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales que la requieran, sus experticios se han entendido como una prueba pericial y los miembros de las Juntas

⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 29328, (13, septiembre, 06). M.P. Carlos Isaac Nader. P. 7.

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1002, (12, octubre, 04). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. P. 10.

como verdaderos peritos, en este orden, dentro del proceso es un medio probatorio susceptible de contradicción⁷⁶.

1.1.9 No Es Una Prueba Solemne. En decisiones mayoritarias, la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia ha considerado, que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación del Estado de Invalidez no son más que un experticio que la ley estableció debía ser practicado por determinados entes, lo cual claramente difiere de lo que es una prueba solemne⁷⁷.

Ha señalado la jurisprudencia que, el operador judicial sí puede apartarse del dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, en cuanto a la determinación de origen y la fecha de estructuración, pues, lo que atañe al origen de la lesión que se hubiera fijado, corresponde a un punto que concierne al conocimiento propio del juzgador, quien está en la obligación de establecer las circunstancias en que se produjo el infortunio, ya sea, con lo dictaminado por ese organismo o, con los demás medios de convicción allegados al plenario.

En este sentido ha adoctrinado que, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que giran en torno al hecho generador de la minusvalía o pérdida de capacidad laboral, tenidas en cuenta o determinadas por las Juntas de Calificación de Invalidez ya sean Regionales o Nacionales, no son intangibles o intocables, habida cuenta que son controvertibles ante la jurisdicción del trabajo, donde los funcionarios judiciales tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos demostrados en el juicio que contextualizan la invalidez establecida por dichas juntas⁷⁸.

Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las Juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables. La regla sentada en el fallo citado por el recurrente como apoyo de su

⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 29328, (13, septiembre, 06). M.P. Carlos Isaac Nader. P. 7.

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 26591, (04, abril, 06). M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. P. 7.

⁷⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 27528, (27, marzo, 07). M.P. Luis Javier Osorio López. P. 13.

criterio es que, en principio, la declaración del estado de invalidez es materia de expertos y no corresponde, en los actuales momentos, a la entidad de seguridad social, como ocurría antes, sino a unos entes autónomos, como son las Juntas Regionales en primera instancia, y la Nacional en último grado⁷⁹.

Y, en tratándose de la culpa patronal prevista en los artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo y 12 de la Ley 6ª de 1945, es decir, de la culpa que da lugar a la llamada responsabilidad plena de perjuicios en el trabajo, los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez, no son los únicos medios de prueba que sirven para acreditar la ocurrencia y naturaleza del infortunio laboral llamado accidente de trabajo o enfermedad profesional. Ello, porque, de un lado, dichas experticias fueron diseñadas, específicamente, para el establecimiento de la invalidez laboral generadora de las prestaciones que dispensa el Sistema General de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifican y, de las que aquí se trata no están allí comprendidas; de otro, porque no gozan del tratamiento de pruebas *ad substantiam actus* o solemnes como para que impidan que por otros medios de convicción se logre el establecimiento de hechos como los que dan lugar a la pregonada responsabilidad plena del empleador por causa del infortunio laboral⁸⁰.

Tratándose del accidente de trabajo lo que invariablemente obliga del dictamen es la determinación de la minusvalía del afiliado, pero, no siempre la calificación del infortunio como accidente de trabajo, pues, frente al acontecer irrefutable de que aparezcan en el proceso pruebas irrefutables que desvirtúen el origen de la incapacidad o la muerte del asegurado, no pueden los jueces desconocerla por la función de juzgar las vicisitudes que acontezcan en el desarrollo de la relación laboral⁸¹.

Quando la aspiración que se somete a la justicia ordinaria, no gira en torno a una pensión de invalidez, que es lo que sucede en el presente asunto, en el cual se ventila una situación jurídica distinta y donde se pretende es el pago de la indemnización plena de perjuicios materiales y morales derivados de un accidente de trabajo, como consecuencia de la culpa patronal comprobada del empleador al tenor del artículo 216 del

⁷⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 29622, (19, octubre, 06). M.P. Carlos Isaac Nader. P. 7 y ss.

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 35097, (06, marzo, 12). M.P. Luis Gabriel Mirando Buelvas. P. 15.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 24392, (29, junio, 05). M.P. Carlos Isaac Nader. P. 25.

Código Sustantivo de Trabajo, no es menester que la pérdida de capacidad laboral se establezca con el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, pues, es perfectamente viable que se acuda a otra clase de auxiliares de la justicia conforme las reglas de los artículos 8° y 9° del Código de Procedimiento Civil y se decrete la respectiva peritación observando lo dispuesto en el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, eso sí garantizando su contradicción, ajustándose al trámite señalado en los Artículos 238 a 241 del CPC.

En este orden, en los conflictos ajenos a la pensión de invalidez, cuando se solicite en su oportunidad una prueba pericial, se decrete y se practique con una entidad idónea en la materia, se corra el traslado de Ley a las partes y éstas en las oportunidades procesales no la objetan, no existe argumento válido para que no se pueda aducir y considerar ese dictamen que establece un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, que da origen a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, previa comprobación de la culpa patronal en los términos del artículo 216 del C. S. del T⁸².

De otra parte, la Corte ha explicado que la *data* de estructuración de la invalidez no siempre coincide con la de ocurrencia del accidente, pues puede suceder que sus secuelas se manifiesten con posterioridad, y en lo concerniente a la calificación se tienen en cuenta las normas vigentes en la fecha en que esta se hace o se consolida la discapacidad y no las vigentes en el momento en que se produjo el siniestro laboral⁸³.

Sobre el tema agregó que, la fecha de estructuración del estado de invalidez es la que determina la normatividad aplicable cuando se trata de discernir el derecho a las prestaciones económicas por ese riesgo.

Ello por cuanto, el estado de invalidez no se produce indefectiblemente en la misma fecha de ocurrencia del percance del trabajo, es posible que la disminución de la capacidad laboral como consecuencia de este, se presente paulatinamente y no necesariamente de forma irreversible, que es cuando procede la declaratoria de invalidez; así, su determinación bien puede ser con posterioridad al momento en que sucedió el accidente. Entonces, es la

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 25505, (30, agosto, 05). M.P. Eduardo Adolfo López Villegas y Luis Javier Osorio López. P. 14.

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 38614, (26, mayo, 12). M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. P. 15 y ss.

fecha de estructuración de la invalidez la que debe ser tomada como referente para determinar el surgimiento del derecho a la pensión de invalidez y la normatividad que lo regula. En adición a lo anterior, ha reafirmado la procedencia de la acumulación de dolencias comunes y profesionales en la calificación de la invalidez.

En cuanto a la actuación de las Juntas de Calificación de Invalidez, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria también señaló que, el artículo 3 del Decreto 2963 de 2001 define claramente, en el ordinal 1, que las Juntas Regionales de Calificación de la Invalidez, actuarán como peritos del proceso, cuando se lo soliciten las autoridades judiciales o administrativas; el ordinal segundo establece los casos en que dichas juntas conocen en segunda y última instancia; y el ordinal 5 define los casos en que dichos entes actúan en primera instancia⁸⁴.

Cuando la Junta Regional de Calificación de Invalidez actúa como perito del proceso, se debe aceptar la aclaración al dictamen pericial, pues, si bien la jurisprudencia ha sostenido que la prueba idónea del estado de invalidez que genere el derecho a la pensión correspondiente es el dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez⁸⁵, nada impide que dentro del proceso el juez pueda pedir una aclaración, en tanto esa facultad se la otorga expresamente el artículo 240 del CPC⁸⁶.

1.2 REFORMULACIÓN DE LA ORALIDAD EN ASUNTOS LABORALES – CONGESTIÓN JUDICIAL

La crisis en la administración de justicia que ha impedido satisfacer las demandas de la población, que algunos estudios ubicaron en el problema de acceso, la ineficiencia materializada en la prolongación del trámite procesal y en el gran número de conflictos que reciben los diferentes juzgados del país, generando problemas de inequidad y selectividad, conllevó la implementación de tendencias jurídicas contemporáneas como la oralidad acompañada de medidas de descongestión en las diversas especialidades de la jurisdicción ordinaria, así como en la jurisdicción contenciosa administrativa, dando un

⁸⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 24223, (25, mayo, 05). M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego. P. 16.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 37892, (24, 07, 12). M.P. Rigoberto Echeverry Bueno. P. 27.

nuevo aliento al ordenamiento y a la justicia, de ello dan cuenta la Ley 1149 de 2007 que reformó el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Ley 1437 de 2011 que desarrolló el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso.

Específicamente, la Ley 1149 de 2007 introdujo una nueva visión de la oralidad en los procesos laborales, ya no una oralidad nominal sino real, procurando la concentración del proceso en solo dos audiencias, para la definición pronta de tales asuntos, dejando la decisión de los procesos orales de la Ley 712 de 2001, en jueces y magistrados de descongestión. Asimismo, se crearon jueces de pequeñas causas laborales para hacer más expedita la resolución de este tipo de conflictos.

Desde la expedición del Código Procesal del Trabajo⁸⁷, el procedimiento laboral ha sido oral, público, con inmediación en las audiencias y en la práctica de pruebas, concentrado y con impulso oficioso, por cuanto se quiso que su trámite fuera ágil, eficaz y expedito atendiendo la naturaleza social de los derechos litigiosos a resolver, esto es, los derechos de los trabajadores y la materialización de la justicia social.

Sin embargo, el proceso laboral se convirtió en un trámite lento y la oralidad fue una oralidad dictada, pues, aunque se previó la grabación de las audiencias, nunca se aportó la tecnología requerida, además, las actuaciones se realizaban sin concentración, todo reducido a actas escritas y sin inmediación, circunstancias a las que se sumó el incremento de la conflictualidad laboral reflejada en procesos judiciales, generadores de congestión, así como las malas prácticas de litigantes y juzgadores, todo lo cual, trajo como resultado un proceso laboral demorado, tardío e ineficaz.

Así, en procura de ofrecer una solución a los problemas de congestión y atraso judiciales, se propuso una reforma para modernizar la especialidad del trabajo y de la seguridad social con un proceso rápido y breve que materializara y efectivizara la oralidad, como también la inmediación en las audiencias y en la práctica de pruebas, así como la concentración de los actos procesales, además de la creación de nuevos despachos judiciales. En

⁸⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2158, (24, junio, 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial N° 26.761, 1948. Adoptado como legislación permanente por el Decreto 4138, 1948.

este escenario, surge la Ley 1149 de 2007, para reformular la oralidad y las ritualidades del proceso laboral⁸⁸.

1.2.1 El Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia. Hoy el proceso ordinario laboral de primera instancia, está concentrado en dos audiencias: (i) la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas saneamiento y fijación del litigio⁸⁹ y, (ii) la audiencia de trámite y juzgamiento⁹⁰.

En la primera de las audiencias en cita, el juzgador, además de procurar un acuerdo conciliatorio entre las partes, si este es parcial o fracasa, decidirá las excepciones previas propuestas, declarará las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias, fijará el litigio mediante requerimiento a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo, susceptibles de prueba de confesión, que declarará probados mediante auto en que desechará las pruebas solicitadas para acreditarlos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas con la conciliación parcial, decretará las pruebas conducentes y necesarias y, **señalará día y hora para la audiencia de trámite y juzgamiento que se celebrará dentro de los tres meses siguientes**, extenderá las órdenes de comparendo que sean del caso bajo los apremios legales, para la práctica de pruebas y, **respecto del dictamen pericial ordenará su traslado a las partes con antelación suficiente a la fecha de esta audiencia.**

En la audiencia de trámite y juzgamiento de la primera instancia, el operador judicial practicará las pruebas, dirigirá las interpelaciones o interrogaciones de las partes y, oírás sus alegaciones. En el mismo acto proferirá la sentencia correspondiente o decretará un receso de una hora, decisión que se notificará en estrados a las partes y, si se interpone recurso de apelación resolverá de manera inmediata si lo concede o lo deniega, asimismo, determinará lo pertinente frente a la procedencia de la eventual consulta.

⁸⁸ CAGUASANGO VILLOTA, Dolly Amparo. El nuevo proceso laboral. 2009. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. P. 39.

⁸⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2158, (24, junio, 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial N° 26.761, 1948. Adoptado como legislación permanente por el Decreto 4138, 1948. Artículo 77.

⁹⁰ *Ibíd.* Artículos 74 y siguientes.

1.2.2 Oralidad y Publicidad en las Actuaciones Judiciales y en la Práctica de Pruebas. Las actuaciones judiciales y la práctica de pruebas en las instancias, se efectuarán **oralmente en audiencia pública**, so pena de **nulidad**, salvo las que expresamente señala la ley y, los autos de sustanciación por fuera de audiencia, interlocutorios no susceptibles de apelación e, interlocutorios que se emitan antes de la audiencia del artículo 77 *ejusdem* y, con posterioridad a las sentencias de instancia⁹¹.

1.2.3 Oportunidad Probatoria. Como se reseñó en precedencia, en la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, el juez decretará las pruebas conducentes y necesarias y, señalará día y hora para la audiencia de trámite y juzgamiento que se celebrará dentro de los tres meses siguientes, extenderá las órdenes de comparendo que sean del caso bajo los apremios legales, para la práctica de pruebas y, respecto del dictamen pericial ordenará su traslado a las partes con antelación suficiente a la fecha de esta audiencia.

En la audiencia de trámite y juzgamiento de la primera instancia, el operador judicial practicará las pruebas, dirigirá las interpelaciones o interrogaciones de las partes y, oírás sus alegaciones. En el mismo acto proferirá la sentencia correspondiente o decretará un receso de una hora, decisión que se notificará en estrados a las partes, si se interpone recurso de apelación resolverá de manera inmediata si lo concede o lo deniega, asimismo, determinará lo pertinente frente a la eventual procedencia de la consulta.

1.2.4 El Juez Director del Proceso. El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite⁹².

⁹¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2158, (24, junio, 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial N° 26.761, 1948. Adoptado como legislación permanente por el Decreto 4138, 1948. Artículo 42.

⁹² *Ibíd.*, Artículo 48, modificado por la Ley 1149 de 2007. Artículo 7.

1.3 JUSTICIA Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Sea lo primero precisar, que el dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez puede ser un procedimiento legal, extrajudicial y anticipado o, una prueba judicial dentro del proceso ordinario laboral oral.

Aquel se encuentra regulado en su totalidad y tiene por finalidad permitir a las partes, con apoyo en dicha valoración, liquidar directamente las prestaciones correspondientes cuando no hay controversia, sin acudir al trámite judicial; al paso que, el segundo se presenta cuando la autoridad judicial designa a las Juntas como peritos dentro del proceso laboral, evento en el que, surgen dificultades relacionadas con su producción y contradicción, en tanto que, puede generar demora e incluso paralizar el proceso como consecuencia del tiempo que utilizan esas entidades para proferir su diagnóstico, además, los vacíos normativos imponen al juzgador adecuar el procedimiento previsto para la contradicción de la pericia en el Código General del Proceso, al dictamen de la Junta, respetando los principios que orientan los asuntos del trabajo.

En este contexto, esto es, la necesidad de un proceso laboral oral ágil, expedito y eficiente, frente a la forma en que se emite el dictamen y su posterior contradicción como prueba judicial, el presente Trabajo Final de Maestría, atendiendo lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 06 de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia⁹³, identifica la tensión existente entre los principios de oralidad, publicidad, concentración, inquisitivo e intermediación que regulan el procedimiento laboral oral, restringido por el legislador a dos audiencias frente a los principios de debido proceso y primacía del derecho sustancial, materializados en los tiempos y oportunidades legales para producir y contradecir la prueba del dictamen pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez, la pronta resolución judicial, así como la determinación y aplicación de plazos razonables.

Cumple destacar, que el dictamen pericial de calificación de invalidez es determinante para el reconocimiento u otorgamiento de pensiones de

⁹³ COLOMBIA, EL CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, Acuerdo 06, (22, octubre, 12). Por medio del cual se reglamentan algunas actividades académicas de la Maestría y el Doctorado en Derecho y se deroga el Acuerdo 01 de 07 de junio de 2012. Artículo 13.

invalidez o sobrevivencia o las diferentes prestaciones económicas derivadas de la disminución en la capacidad laboral, sean de origen común o profesional, sin embargo, su producción y contradicción como prueba judicial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez (Regional y Nacional), en la práctica procesal registra dificultades dentro del trámite del proceso ordinario laboral oral, en tanto que, (i) puede generar demora e incluso paralizar el proceso como consecuencia del tiempo que utilizan esas entidades para proferir su diagnóstico, así como la apelación del experticio de las Juntas Regionales ante la Junta Nacional, pues, para proferir la decisión se impone el pago previo de honorarios, la existencia de historia clínica y los exámenes necesarios para efectuar la calificación y/o resolver la impugnación, remisión de documentos, la asistencia dentro del término previsto de quien se va a ser calificado, así como el traslado respectivo de la prueba por fuera de audiencia, situaciones que dificultan el curso ágil y expedito del proceso ordinario laboral oral previsto para máximo dos audiencias, que por lo general, impide cumplir no solo el periodo de tres meses entre la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio y la audiencia de trámite y juzgamiento, sino también, el nuevo término de un año de duración del proceso en primera instancia que trae el CGP⁹⁴, con independencia de la discusión de su aplicación o no en materia de derecho del trabajo, circunstancia que presiona al fallador ante la disminución en su calificación⁹⁵, respecto de la que, debe tomar alguna determinación; (ii) existe discusión en cuanto a la validez de dicho medio de convicción, ante la alegada vulneración de los principios de oralidad y publicidad que en materia laboral exigen efectuar la práctica de pruebas de las instancias, en audiencia pública so pena de nulidad⁹⁶, al paso que, el dictamen de las Juntas de Calificación siempre se presenta por escrito, pues, está definido como el documento que contiene la decisión de la Junta sobre el origen de la contingencia, la pérdida de capacidad con fecha de estructuración, sus fundamentos fácticos y jurídicos y, la información general de quien es objeto de dictamen⁹⁷, sin que el grupo interdisciplinario que conforma la Junta acuda a la audiencia pública a explicar el contenido

⁹⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1564, (12, julio, 12), Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Artículo 121.

⁹⁵ COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Acuerdo PSAA14 - 10281, (24, diciembre, 2014). Por medio del cual se reglamenta el sistema de evaluación de servicios de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial. Artículo 22. Parágrafo.

⁹⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2158, (24, junio, 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial N° 26.761, 1948. Adoptado como legislación permanente por el Decreto 4138, 1948. Artículo 42.

⁹⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto 1352. (26, junio, 2013). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48.834, 2013. Artículo 40. Inciso 1°.

del experticio, a aclararlo y/o complementarlo, en los eventos en que se presenten estas situaciones, por el contrario, la valoración se emite en audiencia privada de decisión, sin participación de los interesados⁹⁸, además, (iii) el Decreto 1352 de 2013, prevé la notificación de la determinación y los recursos que contra ella proceden, entonces, surge la discusión si tales actuaciones solo son viables cuando el dictamen de la Junta se emite como procedimiento legal, extrajudicial y anticipado y, no cuando se profiere como prueba judicial dentro del proceso ordinario laboral oral, caso en el que, para lograr la notificación y firmeza del dictamen el operador judicial debe acudir a sus facultades discrecionales como juez director del proceso, adecuando el procedimiento de contradicción del dictamen pericial con la regulación prevista en el CGP.

En este orden, el problema jurídico planteado consiste en determinar ¿Qué debe hacer el juzgador de instancia para privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, cuando en la producción y contradicción del dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez como prueba judicial, no se cumplen los principios regulatorios del procedimiento laboral oral (oralidad, publicidad, inmediación, inquisitivo, celeridad y concentración)?

En adición a lo dicho en precedencia, la importancia de resolver esta pregunta de investigación, radica en que, en oportunidades dentro de los anexos de una demanda laboral se encuentra el dictamen tanto de la Junta Regional como de la Nacional, pero, el accionante acude a la administración de justicia para controvertirlo, porque, no está de acuerdo con su contenido o, a pedir la práctica de uno nuevo para que sea el juez quien decida conforme a la sana crítica, a cual le da mayor credibilidad o, incluso, que no se haya emitido pronunciamiento alguno por las Juntas y se solicite al fallador decretar como prueba judicial la calificación del asegurado por dichos organismos.

Pues bien, según la teoría de la justicia de Rawls, una sociedad está bien ordenada no sólo cuando fue organizada para promover el bien de sus miembros, sino cuando también está eficazmente regulada por una concepción pública de la justicia, así, se trata de una sociedad en la que: (i) cada cual acepta y sabe que los demás admiten iguales principios de justicia y, (ii) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe que lo hacen.

⁹⁸ Ibíd. Artículo 39.

Entonces, aun cuando los hombres puedan hacer demandas excesivas entre ellos, reconocerán, sin embargo, un punto de vista común conforme al cual sus pretensiones pueden resolverse. Si la propensión de los hombres al propio interés hace necesaria una mutua vigilancia, su sentido público de la justicia hace posible que se asocien conjuntamente. Entre individuos con objetivos y propósitos diferentes, una concepción compartida de la justicia establece los vínculos de la amistad cívica; el deseo general de justicia limita la búsqueda de otros fines. Puede pensarse que una concepción pública de la justicia constituye el rasgo fundamental de una asociación humana bien ordenada⁹⁹.

En nuestro país el derecho a la administración de justicia también, llamado derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰⁰, se ha definido como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes¹⁰¹.

En este sentido, el derecho a acceder a la justicia contribuye de manera decidida a la realización material de los fines esenciales e inmediatos del Estado, tales como los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas¹⁰².

Garantía que no está restringida a la facultad de acudir físicamente ante la Rama Judicial, sino que es necesario comprenderla desde un punto de vista material, entendida como la posibilidad que tiene toda persona de poner en marcha el aparato judicial y de que la autoridad competente resuelva el

⁹⁹ RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Sexta reimpresión, 2006. Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Mass.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 426, (29, mayo, 02), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1083, (24, octubre, 2005), M.P. Jaime Araujo Rentería. Reiterada en la Sentencia C – 279, (15, mayo, 13) M.P. Jorge Pretelt Chaljub. P. 20.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 426, (29, mayo, 02), M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia C- 1177, (08, abril, 05), M.P. Jaime Córdoba Triviño. Reiterada en la Sentencia C – 279, (15, mayo, 13) M.P. Jorge Pretelt Chaljub. P. 21.

asunto que le ha sido planteado, respetando el debido proceso y de manera oportuna¹⁰³.

Por ello, la Doctrina Constitucional ha explicado que el derecho de acceso a la administración de justicia no es una garantía abstracta, sino que tiene efectos y condiciones concretas en los procesos:

(i) El derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares.¹⁰⁴

(ii) El derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales – acciones y recursos - para la efectiva resolución de los conflictos¹⁰⁵.

(iii) Contar con la posibilidad de obtener la prueba necesaria a la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez¹⁰⁶

(iv) El derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas¹⁰⁷

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 985, (26, septiembre, 05), M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia T – 292, (10, mayo, 99) M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiteradas en la Sentencia C – 279, (15, mayo, 13) M.P. Jorge Pretelt Chaljub. P. 22.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-067, (24, febrero, 93), M.P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz; T – 275, (15, junio, 94), M.P. Alejandro Martínez Caballero; T – 416, (22, septiembre, 94), M.P. Antonio Barrera Carbonell; T – 502, (27, mayo, 97), M.P. Hernando Herrera Vergara; C -652, (03, diciembre, 97), M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C – 742, (06, octubre, 99), M.P. José Gregorio Hernández; T – 240, (05, abril, 02), M.P. Jaime Araujo Rentería; C – 426, (29, mayo, 02), M.P. Rodrigo Escobar Gil y; C – 483, (15, mayo, 08), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 240, (05, abril, 02), M.P. Jaime Araujo Rentería; C – 426, (29, mayo, 02), M.P. Rodrigo Escobar Gil; C – 662, (08, julio, 04), M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y C – 1177, (08, abril, 05), M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 240, (05, abril, 02), M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU – 067, (24, febrero, 93), M.P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz; C – 093, (08, febrero, 93), M.P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero; C – 301, (02, agosto, 93), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C – 544, (25, noviembre, 93), M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-275, (15, junio, 94), M.P. Alejandro Martínez Caballero; C – 416, (22, septiembre, 94), M.P. Antonio Barrera Carbonell; T – 046, (15, febrero, 93), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-268, (18, junio, 96), M.P. Antonio Barrera Carbonell; T - 502, (08, octubre, 97), M.P. Hernando Herrera Vergara; C – 652, (03, diciembre, 97), M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C – 742, (06, octubre, 99), M.P. José Gregorio Hernández; C – 426, (29, mayo, 02), M.P. Rodrigo Escobar Gil y C – 1177, (08, abril, 05), M.P. Jaime Córdoba Triviño.

(v) El derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas.¹⁰⁸

(vi) El derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso¹⁰⁹.

En el ámbito internacional, las garantías procesales básicas se encuentran reguladas en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre¹¹⁰, la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales¹¹¹ y, la

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 046, (15, febrero, 93), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C – 093, (08, febrero, 93), M.P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero; C – 301, (02, agosto, 1993), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C – 544, (25, noviembre, 93), M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-268, (18, junio, 96), M.P. Antonio Barrera Carbonell; – 742, (06, octubre, 99), M.P. José Gregorio Hernández; C – 426, (29, mayo, 02), M.P. Rodrigo Escobar Gil y C - 1177, (08, abril, 05), M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T – 046, (15, febrero, 93), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C – 093, (08, febrero, 93), M.P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero; C – 301, (02, agosto, 1993), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C – 544, (25, noviembre, 93), M.P. Antonio Barrera Carbonell; T - 268, (18, junio, 96), M.P. Antonio Barrera Carbonell; C - 742, (06, octubre, 99), M.P. José Gregorio Hernández; C – 426, (29, mayo, 02), M.P. Rodrigo Escobar Gil; C - 1177, (08, abril, 05), M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-483 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Reiteradas en la Sentencia C – 279, (15, mayo, 13) M.P. Jorge Pretelt Chaljub. P. 23.

¹¹⁰ ONU, ASAMBLEA GENERAL. Declaración Universal de los Derechos del Hombre. (10, diciembre, 48) Artículos 5 “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*” y, 10 “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”.

¹¹¹ LOS GOBIERNOS SIGNATARIOS, MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA. Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales. Artículos 3 “*Prohibición de la tortura Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*” y, 6 “*Derecho a un proceso equitativo 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;*

Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada pacto de San José de Costa Rica¹¹².

Y, es que, hoy se requiere un proceso actualizado a las necesidades y características de la vida contemporánea, funcional, una justicia con rostro humano¹¹³, adecuada a la realidad, que se adapte al hombre común a sus aspiraciones y necesidades, portador del valor de la dignidad y titular de derechos fundamentales, que no sea distante ni escape a su inteligencia y comprensión, que no lo induzca a tolerar el daño sufrido antes que acudir a la administración de justicia a obtener la reparación, pues, los procedimientos judiciales no pueden olvidar ni ser ajenos al ser humano¹¹⁴.

Si el proceso no tiene estas características la justicia pierde significado, eficacia y legitimación, entonces, corresponde al juez como director del proceso, remover todo aquello que le impida impartir justicia, que en asuntos del trabajo, además, es una justicia social, sin sacrificar la imparcialidad que debe caracterizar su actuación y funcionamiento, por ello, debe tener presente el componente humano concreto destinatario de sus decisiones¹¹⁵.

10 11 b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

¹¹² OEA, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Pacto de San José (07 a 22, noviembre, 69). Artículo 8.1. *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.*

¹¹³ WASSERMANN, Rodolf. Justiz mit menschlichem Antlitz – Die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgebot. En Menschen vpr Gericht, neuwiedund Darmstadt. Editorial Hermann Luchterhand, 1979. P. 13. Mencionado por BERTOLINI, Julio. Proceso, Democracia y Humanización. Ponencia. En Seminario Internacional de Derecho Comparado, denominado ZIVILJUSTIZSYSTEME, ZIVILGERICHTSVERFAHREN UND JURISTENBERUFE IM INTERNATIONALEN VERGLIECH, (enero y febrero, 1992: Frankfurt a M., Alemania).

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 17. Mencionado por BERTOLINI, Julio. Proceso, Democracia y Humanización. Ponencia. En Seminario Internacional de Derecho Comparado, denominado ZIVILJUSTIZSYSTEME, ZIVILGERICHTSVERFAHREN UND JURISTENBERUFE IM INTERNATIONALEN VERGLIECH, (enero y febrero, 1992: Frankfurt a M., Alemania).

¹¹⁵ *Ibíd.* p. 34.

Y es que, como lo ha explicado sociología política, el concepto de legitimación corresponde a la confianza en la estructura del orden social y de las instituciones que lo componen, base fundamental de la administración de justicia, la confianza que en ella depositen los ciudadanos, la opinión de la sociedad en su objetividad, acierto o certeza e idoneidad para cumplir a cabalidad el encargo social que le ha sido confiado¹¹⁶.

Chaim Perelman señala que, cuando la justicia deja de ser formalista y busca la adhesión de las partes y de la opinión pública, no basta con indicar que la decisión se ha tomado con apoyo en una disposición legal, además, debe demostrar que es equitativa, oportuna y socialmente útil¹¹⁷. El autor indica que el operador judicial busca la aceptación de su decisión en tres niveles: (i) frente a los usuarios del derecho, mostrando que fue la mejor determinación para las pretensiones de las partes, al ser una sentencia justa y razonable, (ii) frente a la comunidad jurídica, en tanto su fallo es compatible con criterios jurídicos aceptados, esto es, salvaguardando cierta coherencia con el sistema jurídico y, (iii) frente a la sociedad que espera de sus jueces decisiones razonables y no solo motivaciones jurídicas ajenas al ser humano destinatario de ellas.

En este sentido, a continuación analizaremos el impacto que una decisión judicial produce en la persona que acude a la administración de justicia para obtener la solución de un conflicto, en el propio fallador y, en la comunidad jurídica en general.

1.3.1 Impacto en el individuo. El ciudadano que acude a la administración de justicia para que se califique su invalidez, ante el menoscabo de su salud, su capacidad para trabajar y, por ende, de sus posibilidades económicas, procura obtener un bienestar individual, para de esta forma asegurar una calidad de vida acorde con la dignidad humana, por tanto, espera una respuesta judicial concreta,

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 18 y, KUBLER, Friedrich. *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*. Karlsruhe, 1975. P. 24. Mencionados por BERTOLINI, Julio. *Proceso, Democracia y Humanización*. Ponencia. En Seminario Internacional de Derecho Comparado, denominado ZIVILJUSTIZSYSTEME, ZIVILGERICHTSVERFAHREN UND JURISTENBERUFE IM INTERNATIONALEN VERGLIECH, (enero y febrero, 1992: Frankfurt a M., Alemania).

¹¹⁷ PERELMAN, Chaim. En “La lógica jurídica y la nueva retórica”. Citado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *La Motivación de las Sentencias y el Papel del Juez en Estado Social y Democrático de Derecho*. Publicado en la Revista *Pensamiento Jurídico* N° 4. Universidad Nacional de Colombia. P. 131 y 136 - 137.

idónea, libre de formalismos y ágil, que materialice su derecho irrenunciable a la seguridad social, con la cobertura de las contingencias padecidas y su integración a la vida en comunidad, a través de la obtención de beneficios básicos de subsistencia como la pensión de invalidez (o sobrevivientes) o las demás prestaciones e indemnizaciones a las que eventualmente podría acceder, contenidas en una legislación concebida con carácter social, que dentro del Estado Social de Derecho, pretende una igualdad real no formal del conglomerado social.

Este individuo afronta una situación de invalidez que implica, en principio, la exclusión del mercado de trabajo y la consiguiente privación de recursos para atender su subsistencia y la de quienes dependen de él, entonces, la justicia debe asegurar una respuesta que neutralice los efectos perversos de esa situación de necesidad. Es que, el acceso a la administración de justicia constituye para el ser humano una necesidad inherente a su condición y naturaleza, sin él los sujetos y la sociedad misma no podrían desarrollarse y carecerían de un instrumento esencial para garantizar su convivencia armónica, como es la aplicación oportuna y eficaz del ordenamiento jurídico que rige a la sociedad, dando paso a la primacía del interés particular sobre el general, contrariando postulados básicos del modelo de organización jurídica - política por el cual optó el Constituyente de 1991.

Así, el acceso a la administración de justicia se erige en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de los individuos, que como tal prevalece y goza de protección especial por parte del Estado, cuya realización no se agota en la posibilidad real que debe tener cualquier persona de presentar sus solicitudes o de plantear sus pretensiones ante las respectivas instancias judiciales, ese es apenas uno de los componentes de este derecho, pues, el efectivo acceso a la administración de justicia, como lo ha precisado la Doctrina Constitucional, se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y realización de los derechos amenazados o vulnerados¹¹⁸.

En este contexto normativo y doctrinal, la persona que ha accionado la administración de justicia no va a entender que no se garanticen de manera efectiva sus derechos irrenunciables a la seguridad social, porque, no tuvo la posibilidad de obtener la prueba necesaria para acreditar el supuesto de

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T - 006 (12, mayo, 92), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

hecho de la norma que establece el efecto jurídico perseguido, debido a que, el dictamen de la Junta no llegó a tiempo por la demora o congestión de dichos organismos, razón por la que, llegada la fecha fijada para la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento el dictamen no fue enviado, surtiéndose sin él la segunda audiencia permitida por la ley o, porque dicha diligencia se suspendió en varias oportunidades sin que se recibiera el dictamen y cumplidos los plazos señalados para el proceso, el juez declaró precluída la oportunidad o; porque se calificó de manera equivocada su pérdida de capacidad laboral y no hubo cómo controvertir tal valoración; tampoco comprenderá que el dictamen que pondere su estado de invalidez se declare nulo, porque, no se emitió oralmente en audiencia pública como lo ordenan los principios que orientan el proceso ordinario laboral, sino en decisión privada sin asistencia de los interesados.

Solo será consiente que no existe justicia, que la protección de sus derechos es retórica, aparente, perdiendo la confianza en las instituciones y en la legalidad.

Y es que, el acceso a la justicia debe ser efectivo, no basta que el juez inicie el proceso, es necesario que resuelva las peticiones, previo el análisis y la ponderación de las pruebas y los argumentos que expongan las partes, que le permitirá arribar a una decisión razonada y razonable, ajustada en todo a las disposiciones de la Constitución y la ley.”¹¹⁹

1.3.2 Impacto en el Operador Judicial.

“Ya sea que se castigue o indulte, el juez debe mirar a los hombres humanamente”¹²⁰.

El procedimiento judicial encuentra su justificación constitucional en la obtención de decisiones justas que resuelvan los conflictos de la sociedad, materializando las garantías que el ordenamiento superior confiere a las partes. La unidad del derecho en el estado constitucional

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 231, (16, marzo, 94). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁰ GOETHE. En “Der Gott und die Bajadere”. Citado por WASSERMANN, Op. cit. P. 37. Mencionado por BERTOLINI, Julio. Proceso, Democracia y Humanización. Ponencia. En Seminario Internacional de Derecho Comparado, denominado ZIVILJUSTIZSYSTEME, ZIVILGERICHTSVERFAHREN UND JURISTENBERUFE IM INTERNATIONALEN VERGLIECH, (enero y febrero, 1992: Frankfurt a M., Alemania).

ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional, pues, en el juzgador se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia. Por ello, el operador judicial enfrenta el desafío de materializar y garantizar a la población, particularmente a la destinataria de los derechos sociales, su idoneidad en la resolución de nuevos problemas y la masiva conflictualidad.

El estado constitucional contemporáneo trajo un cambio estructural del derecho con consecuencia para la administración de justicia, el equilibrio objetivo. Sólo las reglas se pueden observar y aplicar mecánica y pasivamente, si el ordenamiento estuviese compuesto sólo por ellas, no sería insensato pensar en la maquinización de su aplicación, idea que carece de sentido, en la medida en que el derecho contiene principios cuya aplicación es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de los jueces una reacción, se tome posición de conformidad con ellos¹²¹.

No hay regla que no presente algún margen de ambigüedad o interpretación evasiva, no siempre se encuentra la regla adecuada, entonces, se producen colisiones no siempre fáciles de resolver con los instrumentos de eliminación de antinomias previstas en los ordenamientos, en estos casos para superar las dudas interpretativas o colmar las lagunas y resolver contradicciones, entran en acción los principios del derecho contenidos en la constitución. En ocasiones no estaríamos ante una interpretación, sino ante la posibilidad propia de una función creativa de la jurisprudencia¹²².

La problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas exigen una particular actitud espiritual de quien opera jurídicamente, actitud estrechamente relacionada con el carácter práctico del derecho¹²³. Se le denomina razonabilidad y alude a la necesidad de un espíritu de adaptación de alguien respecto a algo o a

¹²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A. P. 111.

¹²² *Ibíd.* p. 117.

¹²³ BOBBIO, Norberto. *Scienza e tecnica del diritto*. Giapicchelli. Torino, 1934. P. 35 y ss; *id*, *Teoria della scienza giuridica*. Giapicchelli. Torino, 1950. P. 117 Y SS.; PUGLIATTI, Salvatore. *La guciurisprudenza come scienza patica*. *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1950. P. 49 y ss; KRIELE, Martin. *Introduccion a la Teoria del Estado*. 1975. P. 43 y, *id*, *Recht und praktische Vernunft*. Vandenhoeck & Ruprecht, Gottingen, 1979. P. 17. Mencionados por ZAGREBELSKY, Gustavo. En el derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A.. P. 147.

algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. Razonable, también en el lenguaje común es quien se da cuenta de lo necesario que es para la coexistencia llegar a composiciones en las que haya espacio no sólo para una, sino para muchas razones. Se trata de dar vía al pluralismo.

En la práctica de la aplicación judicial, el carácter razonable del derecho se evidencia en sus dos momentos: la categorización de los casos a la luz de los principios, y la búsqueda de la regla aplicable al caso¹²⁴. Es razonable la categorización de los hechos que toma en cuenta todos los principios implicados; es razonable la regla, individualiza en marco de las condiciones limitadoras del derecho como ordenamiento, que responde a las exigencias del caso. En la búsqueda de esta razonabilidad, de conjunto consiste la labor unificadora del derecho que tiene asignada como tarea la jurisprudencia.

La función unificadora de la jurisprudencia, no es independiente de las exigencias de justicia sustantiva materializadas en los casos que han de ser resueltos jurídicamente.

La posición dual que corresponde a la magistratura en el estado constitucional: una especialísima y difícilísima posición de intermediación entre el estado (como poder político legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales), que no tiene paralelo en ningún otro tipo de funcionario público¹²⁵. De esta posición se deriva una doble dependencia en el sentido de doble fidelidad y, una doble independencia, en el sentido de relativa autonomía, tanto respecto a la organización que expresa la ley, cuanto respecto a la sociedad que es titular de pretensiones constitucionalmente garantizadas. Dependencia e independencia dobles que deben combinarse, puesto que se condicionan recíprocamente.

¹²⁴ MACCORMICK, Neil. On Reasonableness. En Ch. Perhnan y R. Vander Elst (coords.), Les notions de contenu variable en droit. P. 131. Mencionados por ZAGREBELSKY, Gustavo. En el derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A. P. 147.

¹²⁵ El federalista, traducción y prólogo de G. R. Velasco. FCE, México, 1943. N° 84. P. 376. Mencionado por ZAGREBELSKY, Gustavo. En el derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A. P. 147.

Si ante exigencias de transformación del estado constitucional se impone la pasividad en la magistratura se produce un sentimiento generalizado de insatisfacción. Los jueces como depositarios de conocimientos eminentemente técnico - jurídicos, validos en cuanto tales, no pueden ser ajenos a las expectativas que la sociedad pone en ellos, pues, tal actitud generaría crisis de legitimidad de la jurisdicción.

Hoy ciertamente los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho, al ser los garantes de la compleja estructura del derecho en el estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia¹²⁶.

En este orden, más que una mera facultad de tomar las medidas necesarias para la práctica y contradicción del dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez, como prueba judicial dentro del proceso laboral oral, constituye una obligación para el operador judicial, como juez director del proceso, privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, cuando en la producción y contradicción de la prueba pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez no se cumplen los principios regulatorios del procedimiento laboral oral, debe actuar con criterios de equidad, mesura y racionalidad en la solución del conflicto, previniendo la vulneración de derechos fundamentales. Lo contrario implicaría desatender la efectiva resolución del conflicto, negando a las partes la posibilidad de obtener las pruebas necesarias para la efectividad de sus pretensiones, con apoyo en las que debe definir la controversia de manera objetiva y razonada, negándole la posibilidad de obtener la calificación de la pérdida de su capacidad laboral o de controvertir los argumentos valorativos expuestos por la Junta, despojándose de su facultad y obligación de analizar el acervo probatorio, vulnerando el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia.

1.3.3 Impacto en la Comunidad Jurídica. Las decisiones judiciales impactan no solo en el ámbito jurídico sino a la sociedad en general, por eso, se requieren operadores judiciales con mayor sensibilidad por los resultados prácticos de sus determinaciones. Para la comunidad jurídica, una decisión que no privilegie la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, genera en la población un malestar general, un fenómeno social de descontento e insatisfacción, pues, que la justicia deba ser realizada no es en

¹²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Op. Cit., p. 153.

absoluto un hecho, sino un valor, aunque tal vez sea el más obvio o menos controvertible de los valores¹²⁷.

Y es que, no basta considerar el derecho de los libros, es preciso tener en cuenta el derecho en acción; no basta una validez lógica, es necesaria una validez práctica. ¿Cuántas veces el significado en abstracto de una norma, es diferente de su significado en el caso concreto?, ¿Cuántas veces las condiciones reales de funcionamiento de una norma tuercen su sentido, en ocasiones invirtiendo la intención del legislador? Siempre que se produce esta desviación, el derecho viviente, o sea, el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento. La jurisprudencia que se cierra al conocimiento de esta valoración más amplia de las normas, valoración que indudablemente abre el camino a una visión de sociológica jurídica, se condena a la amputación de una parte importante de la función de garantía del derecho en un ordenamiento determinado por principios¹²⁸.

Podemos concluir destacando, la importancia del dictamen pericial de las Juntas de Calificación de Invalidez para obtener derechos fundamentales irrenunciables como las pensiones de invalidez o sobrevivencia o las diferentes prestaciones económicas derivadas de la disminución en la capacidad laboral de un individuo, sean de origen común o profesional; siendo ello así, el operador judicial, como juez director del proceso, debe encontrar de manera razonable y adecuada, dentro del ordenamiento jurídico, la forma de privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, superando los problemas que en la práctica presenta la producción y contradicción del dictamen emitido como prueba judicial, que impiden cumplir los principios regulatorios del procedimiento en el proceso ordinario laboral oral.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 119.

¹²⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La dottrina costituzionale del diritto vivente*. En *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, I. P. 1148 y s.s., Citado por este autor en *El derecho dúctil*. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A.

2. NORMATIVISMO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y LA DUCTIBILIDAD DEL DERECHO

Un tema relevante de la teoría jurídica lo constituye la práctica judicial, específicamente la interpretación del derecho por los jueces y la resolución adecuada de los problemas jurídicos que se les plantean para su conocimiento y decisión, esto es, la interpretación del derecho y, su aplicación.

El procedimiento judicial encuentra su justificación constitucional en la obtención de decisiones justas que resuelvan los conflictos de la sociedad, materializando las garantías que el ordenamiento superior confiere a las partes, sin menoscabo alguno.

En este sentido, el presente capítulo hace referencia a la interpretación judicial dentro de las diversas concepciones jurídico – procesales, de cara a la actitud que debe asumir el operador judicial ante las antinomias del ordenamiento jurídico y el carácter indeterminado de los conceptos legales. Se analizará la contraposición de criterios relacionados con la interpretación jurídica, así como las facultades que estos otorgan al juzgador para arribar a una decisión judicial satisfactoria.

Con la finalidad de establecer qué concepción interpretativa permite responder al *rol* del operador judicial en un estado social de derecho, que le impone contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa y, en consecuencia, al problema jurídico planteado en el presente trabajo final de maestría, se acudirá a diferentes métodos de interpretación como las posiciones radicales o extremas (modelo exegético, jurisprudencia mecánica o conceptualista también conocida como formalista y deductivista enfrentadas al libre activismo judicial) y, de otra parte, a una posición intermedia como la del derecho dúctil, dentro de un contexto pluralista, un ámbito de razonabilidad y de prudencia en el tratamiento del derecho.

Destacando la discrecionalidad del intérprete para reconducir a la ley a las exigencias del caso, la presión del caso que contrario al pasado, hoy impone la transformación de las reglas jurídicas a través de una adecuación de la legislación y de la ciencia del derecho, pero, particularmente de la jurisprudencia que modifica el derecho vigente al

responder a los nuevos y constantes interrogantes que plantean las diferentes condiciones socio culturales, tecnológicas, políticas, económicas, religiosas y conceptuales.

El Estado Constitucional impone un entendimiento del derecho renovado en las concepciones jurídicas vigentes, atendiendo el pluralismo político y social, que implica asumir una propuesta de soluciones y coexistencia posibles, un compromiso de las posibilidades que permita dentro de los límites del ordenamiento jurídico la espontaneidad de la vida social y la dirección política, condiciones necesarias para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática.

2.1 EL NORMATIVISMO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Algunos doctrinantes consideran que no existe justicia material donde se omita el control a la arbitrariedad judicial, así, en materia penal, autores democráticos y progresistas en su tiempo como Beccaria, han defendido la estricta sujeción del juez a la ley, en defensa del modelo silogístico de aplicación de la ley penal, “en todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre”. La labor judicial no es más que afirmación o negación de hechos, pues, la arbitrariedad se instala cuando el castigo no depende de “la voz constante y fija de la ley sino de la errabunda inestabilidad de las interpretaciones”¹²⁹.

La exégesis y la jurisprudencia conceptual y deductiva distinguen entre la creación del derecho, (la ley) y su aplicación deductiva y racional (la sentencia), pues consideran que se logra la seguridad jurídica, en tanto que, la decisión judicial ya está contenida en la norma general conocida por todos; además del respeto al principio democrático, pues el juez no sería más que “*la boca que pronuncia las palabras de la ley*”, siendo los operadores

¹²⁹ BECCARIA, Cesare. De Los Delitos y Las Penas. Madrid – Barcelona. Juristas Universales. pp. 692 -695. Mencionado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. En: Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

judiciales seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor¹³⁰.

Según la escuela exegética el juez debía acudir a una serie de instrumentos que garantizaran la estricta subordinación del juez a la ley, como el llamado “*référé législatif*”, consistente en que si en un caso concreto el fallador tenía dudas sobre el alcance de una ley, debía acudir al poder legislativo para que éste le aclarara cuál era su voluntad en la materia, para que no usurpara, a través de la labor interpretativa, las competencias de aquel. De esta forma se pretendía garantizar la estricta separación de los poderes. Mecanismo que dejó de aplicarse por contradictorio, en tanto que, conllevaba una confusión de poderes, pues, el legislador por esta vía, terminaba decidiendo el caso concreto, en vez de limitarse a establecer las leyes generales, invadiendo las facultades judiciales. Esta corriente desarrolló una metodología jurídica destinada a garantizar el carácter puramente cognoscitivo y no creativo o volitivo de la actividad judicial, pues, el juzgador debía limitarse a aplicar al caso concreto los mandatos del legislador expresados en la ley; concepción formalista y deductivista de la interpretación que no permite al intérprete el ejercicio de la voluntad sino una simple verificación del derecho aplicable y de los hechos del caso¹³¹.

Este entendimiento minimiza las inevitables lagunas y contradicciones de los sistemas legales, legitimando la versión del legislador omnisciente, capaz de prever y regular previamente todas las situaciones relevantes del derecho, desconociendo que los parlamentos o congresos están conformados por seres humanos con intereses políticos, por ende, surge evidente que los ordenamientos legales inevitablemente tendrán lagunas y contradicciones. Igualmente desconoce la ambigüedad e indeterminación que tiene la ley, por lo que la actividad judicial no puede ser deductiva¹³². Autores como Hart han mostrado el carácter indeterminado de los conceptos jurídicos, vale decir, su textura abierta. Según el autor, frente a cualquier norma o regla es posible distinguir casos en los cuales el mandato evidentemente se aplica, otros en

¹³⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis. Del Espíritu de las Leyes. Primera Parte. Libro XI. Capítulo 6. Traducción de Mercedes Blazquez y Pedro Vega. Barcelona. Ediciones Orbis. P. 149. Mencionado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. En: Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

¹³¹ BLANCO VÁLDES, Roberto. El Valor de la Constitución: Separación De Poderes, Supremacía De La Ley y Control De Constitucionalidad En Los Orígenes Del Estado Liberal. Madrid. Alianza Editorial. P. 229 - 238. Mencionado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. En: Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

¹³² UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008. P. 145.

los que indudablemente no se aplica, pero, siempre existen situaciones en las cuales hay tantas razones para afirmar que la regla se aplica como para negar esa posibilidad, por ello Hart distingue entre el núcleo de certeza de un concepto y su zona de penumbra. En los casos fáciles, aquellos que se sitúan en el núcleo de la regla, el modelo deductivo puede ser pertinente, en los casos difíciles que se ubican en la zona de penumbra, el juez es inevitablemente creativo, en tanto que, la textura abierta del lenguaje no puede ser eliminada, para lo cual conviene diferenciarla de la simple ambigüedad o vaguedad de una expresión. La ambigüedad es la atribución de diversos significados a una misma palabra, que se puede evitar con un buen uso del lenguaje, asimismo, un concepto vago puede ser precisado si es necesario, para lo cual, se pueden indicar cuáles son los elementos que lo definen. En cambio la textura abierta consiste en que en el lenguaje natural y, a diferencia de los lenguajes formales de la lógica o las matemáticas, las fronteras del significado de la palabra no son nunca totalmente nítidas, entonces, frente a determinados casos, siempre surgirán dudas sobre la aplicabilidad o no de un determinado concepto general. Todo esto permite al autor concluir que *“la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales”*¹³³.

Ahora, las reglas interpretativas tienen su propia zona de penumbra, por tanto, la discrecionalidad judicial siempre estará vigente. En efecto, las reglas metodológicas para la solución de las antinomias legales como la norma superior deroga la inferior, la posterior a la anterior, la especial a la general, no son en sí mismas suficientes, en algunos eventos entran en conflicto sin que en todos los casos sea posible establecer entre ellas una jerarquía o, a veces, estos criterios son inaplicables. Además, los criterios lógicos de auto integración del ordenamiento, como la analogía, no excluyen las consideraciones valorativas por el juzgador sino que las presuponen, pues, tendrá que decidir si existen o no semejanzas relevantes entre los casos, adicionalmente, siempre podrá escoger entre invocar la analogía y aplicar la norma que regula un caso similar o, por el contrario, utilizar un argumento a contrario *sensu* y excluir tal aplicación, dado que, la estructura formal de ambos razonamientos es la misma¹³⁴. Entonces, como explica Kelsen *“las reglas corrientes que prescriben recurrir a la analogía y al argumento a contrario están desprovistas de todo valor, en tanto, conducen a resultados*

¹³³ HART, Herbert Lionel Adolphus. El Concepto de derecho. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires. Abeledo - Perrot. P. 160. Mencionado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. En: Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

¹³⁴ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008. p. 148.

opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra”¹³⁵.

Según la jurisprudencia de conceptos, el fallador debe atenerse al tenor literal de la ley, solo razona no decide; interpretación deductiva que no responde al logro de una sociedad materialmente más justa.

Y es que, el operador judicial no puede ignorar los principios, valores e intereses que subyacen en el ordenamiento legal que regula la conducta humana para el logro de ciertas finalidades, la protección de determinados intereses y la materialización de ciertos valores, en consecuencia, **la aplicación deductiva y formal perdió vigencia**. En efecto, el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva, la idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica - concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho, esto es, los derechos y la justicia, a lo dispuesto por la ley. El estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental. La ley en la época moderna viene sometida a una relación de adecuación, por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución, se trata de una profunda transformación¹³⁶.

Por ello, la concepción jurídico procesal de la interpretación judicial del deductivismo lógico, exegética o mecánica, propia del positivismo jurídico, no permite hallar una solución al problema planteado en el presente trabajo, en tanto que, el juez debería aplicar la regla sin margen alguno de discrecionalidad, entonces, si para la fecha en que programó la audiencia de trámite y juzgamiento, no se ha proferido la calificación de la invalidez, debido al tiempo que utilizan las Juntas de Calificación para proferir su diagnóstico y, el tiempo que conlleva la apelación del experticio ante la Junta Nacional, vencido el término de tres meses entre la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio y la de trámite y juzgamiento o, el nuevo término de un año de duración del proceso en primera instancia que trae el CGP, el juzgador debe emitir su sentencia, aun si no ha llegado el dictamen o sin que se haya surtido la apelación

¹³⁵ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducción de Roberto J. Vernengo. México. Editorial Porrúa. P. 353. Mencionado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. En: Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

¹³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Op. Cit. P. 34.

ante la Junta Nacional o, sin la debida contradicción, ya que, bajo este criterio no podría suspender la audiencia, ni declarar un receso hasta cuando se emita la prueba y se corra traslado a las partes para su contradicción, pues, desconocería los términos establecidos para el proceso ordinario laboral oral en primera instancia, los principios de concentración y, celeridad, esto es, las formas procesales establecidas. En adición a lo anterior, se vería abocado a declarar la nulidad de la prueba, porque, el dictamen de las Juntas de Calificación siempre se presenta por escrito, entonces, habría vulneración de los principios de oralidad y publicidad que imponen en asuntos laborales la práctica de pruebas en audiencia pública¹³⁷, conllevando también la afectación del principio de inmediación, dado que, el grupo interdisciplinario que conforma la Junta no acude a la audiencia pública a explicar el contenido del experticio, a aclararlo y/o complementarlo. De otra parte, tendría que aplicar lo dispuesto en el Decreto 1352 de 2013, para lograr la notificación y firmeza del dictamen, por cuanto, se encuentran expresamente regladas, pese a que, surge más razonable para ello, que acudiendo a sus facultades discrecionales como juez director del proceso, adecúe el procedimiento de contradicción del dictamen pericial con la regulación prevista en el CGP.

En suma, ante las dificultades que presenta la producción y contradicción del dictamen emitido por la Juntas de Calificación de Invalidez, cuando se ha ordenado como prueba judicial dentro del proceso ordinario laboral oral, una concepción lógico deductiva impediría privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial.

Es que, el objetivo actual de la teoría jurídica es condicionar y por tanto, contener, orientando, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre él. La premisa para que esta operación pueda tener éxito, es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo jurídico la había reducido.

Un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales,

¹³⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2158, (24, junio, 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial N° 26.761, 1948. Adoptado como legislación permanente por el Decreto 4138, 1948. Artículo 42.

haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así como quedar fuera de toda discusión y ser contenidos en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ellas¹³⁸.

Hoy las bases fundantes del positivismo no responden a los nuevos requerimientos. En efecto, podemos sintetizar los pilares del positivismo de la siguiente manera: (i) el derecho es una manifestación de la soberanía de los pueblos, (ii) obedece o lo entiende como ordenamiento escrito, (iii) organizado mediante codificaciones, (iv) requiere y reclama el concepto de plenitud, el orden jurídico tiene la capacidad de regular la conducta humana, (v) procura la sistematización del derecho, proceso permanente que facilita la actividad jurisdiccional, la aplicación del derecho, (vi) proporciona seguridad jurídica, con apoyo en el principio de legalidad, (vii) existe un solo derecho, cuya característica es el derecho legislado producto del Estado, teoría conocida como monismo jurídico: un solo ordenamiento en un espacio territorial. En este orden el positivismo derivó en dogmática y en formalismo legal.

Desde la sociología jurídica crítica el Profesor José Eduardo Rodríguez Martínez, explica el agotamiento del modelo jurídico positivista dominante durante casi todo el siglo XX, en sus recurrentes crisis de legitimidad, su devenir estrictamente formalista, sus excesos de casuística y su impacto en la descodificación y la sistematización que pretendieron los códigos; agrega que, aunque el positivismo cumplió el importante papel de dotar a la sociedad de criterios de racionalidad esenciales a la regulación social y, particularmente fue valioso en el campo de la juridización de las relaciones sociales dentro del periodo mencionado, las dinámicas y realidades de la sociedad red, propia del mundo globalizado y las llamadas sociedades complejas o de conocimiento, reclamaron el desarrollo de un nuevo paradigma que afronte los dilemas de la crisis sistémica contemporánea.

¿Será que el nuevo sujeto social procura emanciparse de la estandarización normativa? ¿Que no desea obedecer el derecho? ¿Que se cuestiona el por qué cumplimos las leyes? ¿Habrá llegado el desobedecimiento jurídico? ¿Existen límites en la obediencia a la ley?¹³⁹.

¹³⁸ Op. Cit. P. 40.

¹³⁹ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, José Eduardo. De crisis en crisis: limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia. Editado por la Universidad Autónoma de Colombia. P. 51.

Y en su libro *Agonía del Estado de Derecho Positivo*, el Profesor Rodríguez Martínez, señala que la crisis de gobernabilidad, asociada a los procesos de desobediencia civil, la heterogeneidad cultural y jurídica han impulsado un proceso de reorganización social para efectos del manejo y redireccionalización de los conflictos. El Estado benefactor viene encontrando sus límites en los excesos de centralización y escala de su organización productiva que impone la revisión de los procedimientos relacionados con la ejecución y con la gestión del proceso laboral hacia una “*macrorregulación descentralizadora*” como una nueva modalidad de la regulación global¹⁴⁰.

Según la concepción positivista tradicional, en la aplicación del derecho, la regla jurídica se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho. Exactamente eso significaban las interpretaciones y los criterios elaborados por el positivismo, una vez determinada la regla, su aplicación concreta se reducía a un mecanismo lógico, sin discrecionalidad, se eliminaba toda influencia del caso en la interpretación del derecho, la labor de la jurisprudencia se agotaba en el mero servicio al legislador y a su voluntad, es decir, en ser expresión del verdadero significado contenido en las fórmulas utilizadas por el legislador; contrario a la concepción moderna donde el derecho pasa a concebirse como una disciplina práctica y el carácter práctico de la interpretación; la jurisprudencia deberá atender la ley y la realidad, sólo a través de la tensión entre estas dos vertientes de la actividad judicial, se podrá respetar esta concepción práctica del derecho.

Como contraposición a la exégesis aparecieron las escuelas del derecho libre y del realismo jurídico, según las cuales, atendiendo la dinámica social y el sentimiento de justicia ciudadana, el juez debe buscar la justicia concreta y específica del caso, en lugar de aplicar deductivamente el ordenamiento legal, sin sentirse atado por él.

Tendencias interpretativas que destacaron la relevancia del componente creativo de la actividad de los operadores judiciales, así como su responsabilidad social al decidir el caso puesto para su análisis y decisión.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, José Eduardo. *La Agonía del Estado de Derecho Positivo*. Editado por la Universidad Autónoma de Colombia. P. 46.

Sin embargo, esta alternativa interpretativa surge igualmente riesgosa e insuficiente, en tanto, la administración de justicia quedaría sometida al particular sentimiento de justicia del fallador, así como a la arbitrariedad judicial y a la irracionalidad jurídica, en sociedades heterogéneas y pluralistas en las que existen diversas concepciones y criterios sobre lo justo¹⁴¹.

El constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material, destinados a informar todo el ordenamiento jurídico, esto es, con incidencia jurídica práctica. Los principios de justicia vienen previstos en la constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir¹⁴².

2.2 LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y LA DUCTIBILIDAD DEL DERECHO

El debate contemporáneo de la interpretación judicial hace referencia al papel de los principios en el derecho, especialmente en la práctica judicial, ante el protagonismo social y político de los jueces y la constitucionalización del derecho en gran parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. En este orden, las decisiones judiciales impactan no solo en el ámbito jurídico sino a la sociedad en general, exigiendo operadores judiciales con mayor sensibilidad por los resultados prácticos de sus determinaciones¹⁴³.

Así, a partir de las publicaciones de Dworkin, se ha aceptado que los ordenamientos jurídicos no solo están conformados por reglas jurídicas sino por principios que se caracterizan por orientar la decisión judicial de determinada manera, pero sin imponerla en forma concluyente. Entonces, mientras las reglas son mandatos definitivos que se aplican según un modelo de todo o nada, los principios son mandatos de optimización, que tienen una dimensión de peso que conlleva ponderación o balanceo en caso de tensión entre ellos. Y aunque existe controversia sobre si la diferencia entre principios y reglas es o no cualitativa, pocos teóricos desconocen que aquellos tienen un papel mucho más importante en el derecho de lo que

¹⁴¹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La Motivación de las Sentencias y el Papel del Juez en Estado Social y Democrático de Derecho. Publicado en la Revista Pensamiento Jurídico N° 4. Universidad Nacional de Colombia. P. 134 - 135.

¹⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Op. Cit. P. 93.

¹⁴³ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Interpretación Judicial. Op. Cit., P. 168 - 169.

suponían los teóricos positivistas, que centraron su análisis en la estructura de las reglas y del sistema jurídico¹⁴⁴.

Para Dworkin los principios son vinculantes y gracias a ellos y a la teoría moral y política, es posible superar la indeterminación del derecho, por lo que, la discreción judicial queda eliminada, pues, aun en los casos más difíciles existe una sola respuesta correcta, es el juez filósofo que busca tomar en serio los derechos y los principios morales del ordenamiento¹⁴⁵.

Robert Alexy, señala que una teoría de los principios por s sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta, lo que, sin embargo, no hace que disminuya su importancia para la filosofía, la metodología y la dogmática jurídica.

Para Alexy tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas, pero, hay que distinguir qué clase de normas son, su diferencia no es de grado sino de tipo cualitativo.

Así, los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, por consiguiente son mandatos de optimización que se caracterizan, porque, pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas; el campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida es obligatorio hacer lo que ordena; las reglas contienen determinaciones en el campo de lo posible jurídica y fácticamente. Hay entonces distintos grados de cumplimiento, si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio; si

¹⁴⁴ BONORIO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Filosofía del Derecho. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2002. P. 87. Mencionado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. En: Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Quinta reimpresión. Barcelona. Editorial Ariel. P. 170. Mencionado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. En: Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

solo se exige una determinada medida de cumplimiento , se trata de una regla¹⁴⁶.

A su vez, entiende los derechos fundamentales

Como principios o mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta comprensión de los derechos fundamentales implica además la idea de que no existen derechos absolutos, en la vida social es imprescindible coexistir las exigencias que se derivan de unos y otros, y las intervenciones estatales son una consecuencia legítima de la democracia y son válidas mientras respeten el principio de proporcionalidad. Tesis que tiene implicaciones en la interpretación jurídica, al realzar la función del principio de proporcionalidad y sobre todo de su tercer subprincipio, la ponderación, mecanismo que comienza a ocupar un sitio de privilegio en la metodología jurídica, junto a la subsunción¹⁴⁷.

Su concepto formal de derecho fundamental se apoya, en la manera en que está dispuesta la normatividad de derecho positivo, según su variante más simple, los derechos fundamentales son los catalogados expresamente como tales por la propia Constitución. Definición que presenta la ventaja de su simplicidad, pero, su desventaja radica en que las constituciones establecen derechos fundamentales por fuera del catálogo¹⁴⁸.

En cuanto al concepto material de derecho fundamental, Alexy acude a la obra de CARL SCHMITT, según la cual, sólo los derechos humanos liberales del individuo son derechos fundamentales en sentido propio, entonces, únicamente el individuo puede ser considerado titular de los derechos fundamentales, así como el Estado es el único destinatario de ellos y el objeto sólo puede consistir en abstenerse de intervenir en la esfera de libertad del individuo¹⁴⁹.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. Segunda edición: 1998. Distribuciones Fontamara S.A. pp. 8 – 9.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Presentación de Carlos Bernal Pulido. Primera impresión: agosto de 2003. Universidad Externado de Colombia. Traducción de Carlos Bernal Pulido. P. 14 – 15.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, P. 21 – 22.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, P. 24.

Definición que excluye de los derechos fundamentales a los derechos a acciones positivas del Estado, es decir, los derechos de protección y los derechos sociales. Asimismo, derechos considerados tradicionalmente como fundamentales, por ejemplo el derecho al voto, los derechos de igualdad tampoco pueden ser clasificados como verdaderos derechos fundamentales¹⁵⁰.

En todo caso, el concepto material de derecho fundamental de CARL SCHMITT entiende correctamente dos cosas: (i) que los derechos fundamentales son esencialmente derechos del individuo, siempre que se admita que ciertos grupos, organizaciones o personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, debe hacerse porque este reconocimiento favorece intereses de los individuos; (ii) reconstruye atinadamente la relación de implicación necesaria que existe entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, aquellos son en su esencia derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo¹⁵¹.

Por ello Alexy concluye que, es aconsejable no afirmar en definitiva que los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo, sino que se trata de derechos que han sido llevados al derecho positivo con el propósito o la intención de darles una dimensión positiva a los derechos humanos. Por consiguiente, los derechos fundamentales deben representar derechos humanos transformados en derecho constitucional privado¹⁵².

En este orden, el Estado Constitucional impone un entendimiento del derecho renovado en las concepciones jurídicas vigentes, cuestionando lo que existe detrás del derecho de los textos oficiales, vale decir, las ideas generales la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos del pasado que no encuentran justificación en el presente.

Hoy tenemos una realidad, el pluralismo político y social, la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en los campos político, económico, cultural y religioso en dimensiones independientes del territorio estatal, la progresiva

¹⁵⁰ *Ibíd.*, P. 25.

¹⁵¹ *Ibíd.*, P. 25 - 26.

¹⁵² *Ibíd.*, P. 26.

institucionalización y atribución de derechos a los individuos que pueden hacerse valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.

Las sociedades pluralistas contemporáneas, marcadas por la presencia de diversidad de grupos sociales, con intereses, ideologías y proyectos diferentes, sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, signan a la constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común sino la de realizar sus condiciones de posibilidad.

Asumir el pluralismo en una constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencia posibles, un compromiso de las posibilidades, una constitución abierta que permita dentro de sus límites tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas necesarias para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática.

La coexistencia de valores y principios sobre la que hoy debe basarse necesariamente una constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Los términos a los que se asocia esa ductibilidad constitucional son la coexistencia y el compromiso, es decir, no exclusión e imposición sino inclusión e integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos. Una convivencia dúctil construida sobre el pluralismo y las independencias, que rechaza la imposición por la fuerza.

La condición espiritual de la modernidad podría describirse como la aspiración no a uno sino a muchos principios y valores que conforman la convivencia colectiva hoy: libertad de sociedad, pero también, reformas sociales; igualdad ante la ley, por tanto, generalidad de trato jurídico, pero también, igualdad respecto a las situaciones y, por ello, especialidad de reglas jurídicas; reconocimiento de derechos de los individuos, pero también, de los derechos de la sociedad; valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero asimismo, protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos; el rigor en la aplicación de la ley, pero igualmente, la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la

responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también, la intervención colectiva para el apoyo de los más débiles, entre otros¹⁵³.

Cabe resaltar, que el pluralismo jurídico en nuestro país fue reconocido por la Constitución Política de 1991, al instituir la jurisdicción indígena y la justicia de paz, entre otros.

La particular relevancia doctrinaria y práctica que en los últimos años han tenido los problemas de interpretación jurídica en general y de interpretación judicial en particular, ha dado lugar a un interesante debate entre quienes consideran que, gracias al trabajo innovador de ciertos jueces y tribunales, se está en presencia de un nuevo derecho, más dinámico y acorde con la realidad social que aquel que estuvo vigente durante buena parte del siglo XX, frente a otros que, siendo críticos de esta nueva visión sobre la labor del juez, creen que estas tentativas de renovación de la práctica judicial no solo son extranjerizantes, dado que provienen de tradiciones jurídicas extrañas a nuestro contexto, sino que además afectan profundamente la seguridad jurídica, por lo cual es necesario retornar a las sabias reglamentaciones hermenéuticas del Código Civil y de la Ley 153 de 1887, según las cuales el juez debe siempre atenerse al estricto tenor de la ley¹⁵⁴.

Y es que, el problema de la interpretación es un problema realmente axial dentro de la teoría del derecho, en tanto que, la actitud que se asuma frente al problema de la interpretación, condiciona la actitud que se acoja frente a cualquier otro problema jurídico, pero viceversa, cualquier actitud iusnaturalista o positivista, especulativa o analítica que se adopte frente al derecho, va a incidir necesariamente en el concepto que se tenga de la interpretación¹⁵⁵.

Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otro junto a ellos. En el tiempo presente domina la aspiración a algo conceptualmente imposible pero deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo

¹⁵³ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Op. Cit., P. 1 -14.

¹⁵⁴ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Interpretación Judicial. Op. Cit., pp. 137-138.

¹⁵⁵ GAVIRIA DÍAZ, Carlos. La Interpretación Constitucional. Mencionado por Cifuentes Muñoz, Eduardo. En Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano. Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. P. 121. Mencionado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. En: Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción – válido para la *scientia juris*- no debería obstaculizar la labor propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar positivamente la “*concordancia práctica*”, de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. Positivamente: no, por tanto, mediante la simple amputación de posibilidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto.

El derecho constitucional invocado en las Salas de los Tribunales, en las aulas universitarias y en todos los lugares en los que pueda ejercer una influencia sobre la realidad, tiene que mantener abiertas sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas abrazando enteramente las perspectivas de algunas de las partes.

Se ha hablado de un modo de pensar posibilista o de la posibilidad¹⁵⁶ como algo particularmente adecuado a nuestro tiempo, actitud mental que representa para el pensamiento lo que la “*concordancia práctica*” representa para la acción.

La dogmática constitucional debe ser fluida donde los conceptos que se vierten mantengan su individualidad y coexistan sin choques destructivos aunque con ciertos movimientos de oscilación y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar los demás.

Así, tal vez la ductibilidad no satisfaga las exigencias de claridad, pureza y coherencia de pensamiento, pero, la convivencia humana no es asunto de pensamiento, hacer posible la coexistencia es una labor altamente meritoria, pues, la multiplicidad aunque difícil siempre es deseable y la plenitud de la vida tanto individual como social, no puede reducirse a un solo valor. La rigidez sin matices y flexibilidad no se compadece con el tipo de vida individual y social que reclama el Estado Constitucional actual. Elementos constitutivos que, para poder coexistir, deben ser relativizados entre sí, es decir, deben hacerse dúctiles o moderados¹⁵⁷.

¹⁵⁶ *Ibíd.* P. 16.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

La interpretación sistemática y de la analogía, dos métodos que en presencia de una laguna - ausencia de una disposición expresa para resolver una controversia jurídica - permitían individualizar la norma precisa en coherencia con el sistema. La sistematicidad acompañaba, por tanto, a la plenitud del derecho. La generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud¹⁵⁸.

Sin embargo, empiezan a aparecer disociaciones que marcarán, sobre la base de la primacía de la conciencia, la época moderna, el individuo y el mundo, ámbito interior y ámbito exterior, razón y realidad objetiva, moralidad y legalidad, libertad y necesidad¹⁵⁹.

Los derechos entendidos como pretensiones de la voluntad, garantizados por el derecho¹⁶⁰ tienen naturaleza subjetiva en doble sentido, de un lado, son instrumentos para la realización de intereses individuales, confiados a la autónoma valoración de sus titulares, además su vulneración los autoriza a procurar su tutela en las diversas formas posibles: autotutela, recurso judicial, resistencia; tratándose de derecho orientados a un interés particular, el titular también podrá decidir no ejercitarlos o renunciar a ellos, posibilidad incompatible con cualquier visión objetiva.

Los límites son posibles e incluso necesarios, aunque sólo como límites extrínsecos para prevenir la colisión destructiva de los derechos y posibilitar su ejercicio a todos¹⁶¹.

La aspiración constitucional al orden justo, hace que la dimensión del deber, de ser simple reflejo o la otra cara de los derechos, pasa a convertirse en un elemento autónomo propiamente constitucional, mostrándose el carácter compuesto del derecho constitucional actual y la necesidad de combinar sus elementos integrantes, es decir, no se trata de un conjunto de derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes.

¹⁵⁸ Op. Cit. P. 32.

¹⁵⁹ VON SAVIGNY, Friedrich Karl. System des heutigen romischen Rechts. Nueva Edición. ScientiaVerlag. Aalen. 1973. P. 7 y 333. Mencionado por ZAGREBELSKY, Gustavo. En el derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A. P. 82.

¹⁶⁰ *Ibíd.* P. 40.

¹⁶¹ *Ibíd.* P. 87.

La constitución pluralista, presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas, introduce aquellos principios que se materializan sus ideales de justicia, la condición del éxito de la propia obra constituyente, como obra de todos y no como imposición unilateral de una parte sobre otra¹⁶².

Los principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una toma de posición conforme con su *ethos*, en todas las no precisadas y predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una cuestión de principio. Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad.

La realidad al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, adquiere valor, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias, el valor se incorpora al hecho e imponen la adopción de tomas de posición jurídicas conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y en general a los intérpretes del derecho). El ser iluminado por el principio aún no contiene en sí el deber ser, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en principio¹⁶³.

En el derecho confluyen múltiples exigencias planteadas por numerosos y a veces contradictorios principios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad viva de las experiencias sociales.

Surge la contraposición entre *scientia juris* y *juris prudentia*¹⁶⁴ La primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*, en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio practica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero - falso, todo - nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa que va desde lo menos a los

¹⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Op. Cit., pp. 95 y 97.

¹⁶³ Op. Cit. P. 118.

¹⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. La dottrina costituzionale del diritto vivente. Op. cit., P. 1148 y ss., Citado por este autor en El derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A.

más apropiado, desde lo menos a los más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y oportuno.

Son dos mentalidades contrapuestas en general. En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina razonabilidad: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la prudencia en el tratamiento del derecho.

Está claro que este modo de situarse frente al derecho, constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la clave para resolver todo problema jurídico, como si se tratase de una fórmula que permitiera obtener la solución de un problema matemático. Busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remiten a principios vigentes en el derecho. En los contextos pluralistas es necesario hacer discursivo y persuasivo el procedimiento a fin de alcanzar el punto de máxima realización de los principios en juego. Esto no significa reducir la determinación del derecho a una retórica, por vieja o nueva que esta sea sino que supone que hay que poner en marcha procedimientos leales, transparentes y responsables, que permitan confrontar los principios en juego¹⁶⁵ y que hay que seleccionar una clase jurídica capaz de representar principios y no sólo intereses o meras técnicas. Estas son las condiciones para el triunfo de la prudencia en el derecho.

La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos, hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación¹⁶⁶. La concordancia práctica o balance entre los bienes jurídicos dirigido por el principio de proporcionalidad. Para que la coexistencia de principios y valores sea posible, es necesario que pierdan su carácter absoluto¹⁶⁷.

¹⁶⁵ HABERMAS MORALE, Jurgen. Diritto, Política. Mencionado por ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A. P. 123.

¹⁶⁶ HESSE, Konrad. Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Muller, Heidelberg. P. 127. Mencionado por ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A. P. 125.

¹⁶⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Op. Cit., Sexto Capítulo. P. 125.

Las separación ley – derechos - justicia y principios - reglas encuentran su unidad en la aplicación judicial del derecho, una *actio dúplex* de las que las concepciones positivistas de la jurisdicción han ocultado durante mucho tiempo una de las partes.

Según la concepción práctica del derecho, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento.

Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla, debiendo elegir el intérprete entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, serán estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida.

La discrecionalidad de que goza el intérprete para reconducir a la ley las exigencias de regulación que presenta el caso, no sólo depende de los métodos de interpretación y su número, sino también de la estructura de la propia ley. La función del derecho¹⁶⁸.

El caso, para el juez y para la ciencia jurídica, es esencialmente un acontecimiento problemático que plantea la cuestión de cómo solucionarlo, cómo resolverlo en términos jurídicos. Para el derecho, por tanto, el caso no es algo que deba ser simplemente registrado, sino algo que debe ser resuelto. La resolución viene exigida por la existencia del problema. Como sucede con todos los problemas, también los problemas jurídicos deben ser comprendidos. De cara a la aplicación de la regla jurídica, la comprensión del caso presupone que se entienda su sentido, y que se le dé un valor, a través, precisamente, de las categorías de sentido y de valor de que disponga el intérprete. La categorización del caso a la luz de las mismas indicará en qué direcciones y en vista de qué resultados, deberá buscarse en el ordenamiento la regla idónea para ser aplicada. Por sentido debe entenderse la conexión entre una acción y su resultado social. La comprensión del sentido de una acción, es decir, de su lógica social, solo se alcanza poniéndola en relación con los efectos que se considera que puede producir¹⁶⁹.

¹⁶⁸ *Ibíd.* P. 131-136.

¹⁶⁹ NATOLI, Salvatore. *La Lógica delle azioni. Senso, regole, valori. Filosofia política.* 1991. P. 399 y ss. Mencionado por ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil.* Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A. P. 137.

La comprensión de sentido dirige y condiciona la comprensión de valor de cara al juicio, dos momentos lógicamente distintos, pero que se condicionan recíprocamente. Una determinada comprensión de sentido puede propiciar, mejor que otras, diversos valores y que la asunción de ciertos valores, mejor que de otros, puede hacer ver en los casos ciertos significados antes que otros. Es importante señalar que el sentido y el valor que resultan relevantes desde el punto de vista de la aplicación judicial, tienen un significado objetivo, no subjetivo.

La comprensión del caso consiste, por tanto, en la categorización de sentido y de valor, esto permite entender, porqué puede hablarse de solución adecuada al caso.

La presión del caso, categorizado de manera distinta que en el pasado, ha impuesto la transformación de las reglas jurídicas a través de un esfuerzo de adecuación tanto de la jurisprudencia, como de la legislación, como de la ciencia del derecho¹⁷⁰.

Una vez que a los casos específicos y concretos les sean atribuidas pretensiones de sentido y de valor, presionan sobre el derecho para que se imponga la solución adecuada, no sólo mediante reformas legislativas, sino mediante continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente¹⁷¹.

La modificación del derecho vigente es una tarea que se desarrolla en la labor de los operadores judiciales, muchos de los nuevos interrogantes planteados al derecho, por diferentes condiciones socioculturales y tecnológicas, encuentran de forma adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial en el que se confronten prudentemente los principios implicados.

Pues bien, la teoría del derecho dúctil es el criterio interpretativo jurídico - procesal, que consideramos tiene las condiciones para resolver el problema jurídico planteado en este trabajo, esto es, la tensión existente entre los principios de oralidad, publicidad,

¹⁷⁰ PERELMAN, Chaim y VANDER ELST, Raymond. Les notions a contenu variable en droit. Bruylant, Bruxelles. 1984. Mencionado por ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A. P. 138.

¹⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Op. Cit., P. 138.

concentración, inquisitivo e inmediación que regulan el procedimiento laboral oral, restringido por el legislador a dos audiencias frente a los principios de debido proceso y primacía del derecho sustancial, materializados en los tiempos y oportunidades legales para producir y contradecir la prueba del dictamen pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez, la pronta resolución judicial, así como la determinación y aplicación de plazos razonables

En efecto, en procura de la convivencia humana el operador judicial debe asumir un modo de pensar posibilista o de la posibilidad, que se adecúe a la vida individual y social que reclama el Estado Constitucional actual, desechando la rigidez sin matices y flexibilidad, acudiendo a la realidad viva de las experiencias sociales, buscando la solución adecuada al caso, pues, no se encuentra determinado por la prevalencia de un solo valor o de un solo principio, por el contrario, debe procurar la salvaguarda de varios simultáneamente, en tanto que, la jurisprudencia intenta realizar positivamente la concordancia práctica de las diversidades e incluso de las contradicciones, mediante prudentes soluciones, acumulativas, combinatorias, compensatorias que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto. Sin que sea dable considerar la labor del juez como una racionalidad formal, *scientia juris*, solo orientada por los contenidos, por el texto de la regla, su función es la creación de la *juris prudentia*, progresión cuantitativa que persigue lo más apropiado, lo más adecuado, lo más oportuno, esto es, la denominada razonabilidad o, prudencia en el tratamiento del derecho, actitud y predisposición a obtener soluciones dúctiles en la resolución de las expectativas legítimas de los ciudadanos y de la sociedad.

Ello es así, pues, el procedimiento judicial encuentra su justificación constitucional en la obtención de decisiones justas que resuelvan los conflictos de la sociedad, materializando las garantías que el ordenamiento superior confiere a las partes, sin menoscabo alguno. Por ello, el proceso judicial debe permitir el logro efectivo de los distintos componentes del derecho al debido proceso, como son los principios de legalidad, contradicción y defensa, favorabilidad en los casos que resulte aplicable, etc. Estas garantías se suman a otras, vinculadas a distintos derechos fundamentales, como son la igualdad de trato ante los jueces, la vigencia de la intimidad y la honra, la autonomía personal y la dignidad humana, entre muchas otras¹⁷².

¹⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 124, (01, marzo, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. P. 18.

Y, si bien el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa para definir los procesos en sus diversas especificidades, en cuanto a definir las ritualidades procesales, con arreglo a las facultades contenidas en el artículo 150 numerales 1º y 2º Constitucionales, correspondiéndole al Congreso en aplicación del principio democrático representativo regular la materia a partir de criterios de conveniencia y garantía de realización de los derechos constitucionales, **vía jurisprudencial** se han establecido restricciones sustantivas a la regulación de los procedimientos judiciales respecto a los fines del Estado en general y, a los propósitos de la administración de justicia en particular, pues, no resultan admisibles procedimientos que afecten la imparcialidad y autonomía judicial, la publicidad y contradicción de la prueba, el privilegio del derecho sustancial, así como la materialización de una justicia pronta y cumplida.

Esa libertad de configuración del legislador para determinar las diversas ritualidades en el procedimiento, pese a su amplitud tiene restricciones constitucionales, así: (i) sustantivas respecto de los fines del Estado en general y propósitos de la administración de justicia en particular; (ii) con la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad exigibles en toda actuación pública y privada y; (iii) en la defensa de los derechos fundamentales intermediados por el trámite judicial, especialmente el derecho al debido proceso¹⁷³.

Entonces, las normas de procedimiento como las regulatorias del procedimiento laboral oral, restringido por el legislador a dos audiencias, deben cumplir propósitos superiores sin afectar el núcleo esencial de derechos, principios y valores constitucionales. El legislador debe considerar que las ritualidades procesales encuentran justificación constitucional en la obtención de decisiones equitativas que resuelvan conflictos sociales sin menoscabo de las garantías que conforman el debido proceso como los principios de legalidad, publicidad, contradicción y defensa, favorabilidad, primacía de la realidad sobre las formas, etc., garantías que se armonizan con los demás derechos fundamentales como el trabajo en condiciones dignas y justas, seguridad social, subsistencia, igualdad de trato ante autoridades judiciales, dignidad humana, entre otros¹⁷⁴.

Cabe advertir, que la finalidad del derecho procesal en general y, de los procesos en particular, es la realización de los derechos que en abstracto

¹⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 124, (01, marzo, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. P. 18 - 20.

¹⁷⁴ *Ibíd.*

reconoce el derecho sustantivo, realización que supone la solución de los conflictos y, si bien, las reglas procesales tienen una función instrumental, sería un error restarle importancia, o descuidar su aplicación, pues, constituyen la mejor garantía del cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, un freno contra la arbitrariedad, en un Estado Social de Derecho no se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales, además, cuando surge un conflicto respecto de un derecho subjetivo es el derecho procesal el que entra a servir como pauta válida y necesaria para solucionar las diferencias entre las partes¹⁷⁵; sin embargo, si el trámite procesal se constituye en obstáculo del ejercicio efectivo de derechos constitucionales resulta contrario a los principios y valores de la Carta, en tanto que, con arreglo al artículo 228 *ejusdem*, en las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial, reconociendo que la finalidad de la actividad jurisdiccional y del proceso, es la realización de los derechos previstos en abstracto por el derecho objetivo y, el respeto a los derechos fundamentales, por consiguiente, la solución a los conflictos de intereses. Así, surge evidente, que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal y el proceso, es un medio, entonces, se debe tener presente que la norma procesal se debe a la búsqueda de la garantía del derecho sustancial.

En adición a lo anterior, frente a reglas insuficientes, oscuras o dudosas, el juzgador está facultado y además obligado, a darles cabal sentido acudiendo a los derechos, principios y valores integradores del ordenamiento jurídico, función que ha de desempeñar dentro del Estado Social de Derecho, buscando la solución adecuada al caso, procurando la prevalencia no de un solo principio sino la actuación simultánea de varios de ellos.

2.3 TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Y PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL

El operador judicial debe privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, cuando en la producción y contradicción de la prueba pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez no se cumplen los principios regulatorios del procedimiento laboral oral, acogiendo criterios de equidad, medida y razonabilidad en la solución del conflicto, asumiendo un modo de pensar posibilista o de la posibilidad, adecuado a la vida individual y social que reclama el Estado Constitucional actual, desechando la rigidez sin matices y flexibilidad, acudiendo a la realidad viva de las

¹⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 029, (02, febrero, 1995). M.P. Jorge Arango Mejía.

experiencias sociales, buscando la solución adecuada al caso, pues, no se encuentra determinado por la prevalencia de un solo valor o de un solo principio, por el contrario, debe procurar la salvaguarda de varios de ellos simultáneamente, ello es así, porque la jurisprudencia debe realizar positivamente la concordancia práctica de las diversidades e incluso de las contradicciones, mediante prudentes soluciones, acumulativas, combinatorias, compensatorias que conduzcan a un desarrollo conjunto de los principios constitucionales. Sin que sea dable considerar la labor del juez como una racionalidad formal, *scientia juris*, solo orientada por los contenidos, por el texto de la regla, su función es la creación de la *juris prudentia*, progresión cuantitativa que persigue lo más apropiado, lo más adecuado, lo más oportuno, esto es, la denominada razonabilidad o, prudencia en el tratamiento del derecho, actitud y predisposición a obtener soluciones dúctiles en la resolución de las expectativas legítimas de los ciudadanos y de la sociedad.

En este orden, cuando dentro del proceso se ordena como **prueba judicial** la calificación de invalidez del afiliado o afectado, el juez debe procurar en la medida de lo posible, conocer los tiempos de duración para la emisión de dicho dictamen por la Junta Regional de su lugar o domicilio, así como los de la Junta Nacional y, con base en ello, en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y, fijación de litigio¹⁷⁶, debe establecer expresamente en el acta, desde ese momento, las pautas a seguir: (i) concediendo a la parte que solicitó el experticio un término definido para que demuestre los trámites ante la Junta para la práctica de la prueba, (pago de honorarios, remisión de documentos, asistencia a valoración médica, etc.), (ii) advertirá a las partes que recibido el dictamen, efectivizará su publicidad y contradicción, corriendo traslado por fuera de audiencia, señalando los términos correspondientes para la aclaración, adición y objeción si fuera procedente, previendo además, la posibilidad de la apelación del dictamen ante la Junta Nacional en caso de ser necesario, (iii) precisará a las partes que, la fijación de la fecha de audiencia de trámite y juzgamiento se efectuará una vez sobre firmeza el dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez, esto es, surtida su producción y contradicción, oportunidad en la cual, practicará las pruebas restantes, escuchará las alegaciones y proferirá la correspondiente sentencia.

Ello, por cuanto el derecho como disciplina práctica esta siempre anclado en la realidad, entonces, el juzgador de instancia que instruye el proceso

¹⁷⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2158, (24, junio, 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial N° 26.761, 1948. Adoptado como legislación permanente por el Decreto 4138, 1948. Artículo 77.

debe asumir una actitud previsiva, determinando y aplicando plazos y trámites razonables, de modo que, los tiempos presupuestados incluyan la duración media de la expedición del dictamen de calificación del estado de invalidez tanto regional como nacional, con un término adicional preventivo para su emisión y contradicción.

2.3.1 Términos judiciales previsivos. Esta solución resulta razonable en cuanto prevé, desde la audiencia obligatoria de conciliación, la demora en la emisión del dictamen por las Juntas de Calificación de Invalidez, que conlleva el cumplimiento de requisitos como el pago previo de honorarios, la existencia de historia clínica y de exámenes necesarios para efectuar la calificación y/o resolver la impugnación, remisión de documentos, la asistencia dentro del término previsto de quien va a ser calificado, así como el traslado respectivo de la prueba por fuera de audiencia, procurando así, el curso ágil y expedito del proceso ordinario laboral oral previsto para máximo dos audiencias, así como el cumplimiento de los términos, una vez se produce y se somete a contradicción el señalado medio de convicción.

2.3.2 Validez de la prueba. El dictamen tiene plena validez, en tanto que, no existe vulneración de los principios de oralidad y publicidad que en materia laboral exigen efectuar la práctica de pruebas en las instancias, en audiencia pública so pena de nulidad¹⁷⁷, y, en cuanto a la asistencia de los peritos a la audiencia, que puede ser solicitada por la parte contra la que se aduzca el experticio y por el juez si considera necesaria su presencia para interrogarlo sobre su idoneidad e imparcialidad, así como acerca del contenido del dictamen, careciendo de valor la pericia si no asiste el perito¹⁷⁸, ya que, por regulación legal, el dictamen de calificación de invalidez siempre se presentará por escrito, al ser el documento que contiene la decisión de la Junta sobre el origen de la contingencia, la pérdida de capacidad con fecha de estructuración, sus fundamentos fácticos y jurídicos y, la información general de quien es objeto de ponderación¹⁷⁹, asimismo, el legislador previó que la valoración se emitirá en audiencia privada de decisión, sin participación de los interesados¹⁸⁰, entonces, al advertir a las partes que recibido el dictamen, efectivizará su publicidad y contradicción,

¹⁷⁷ *Ibíd.*, Artículo 42.

¹⁷⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1564, (12, julio, 12), Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Artículo 228.

¹⁷⁹ COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto 1352. (26, junio, 2013). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48.834, 2013. Artículo 40. Inciso 1°.

¹⁸⁰ *Ibíd.* Artículo 39.

corriendo traslado por fuera de audiencia, señalando los términos correspondientes para la aclaración y adición, previendo la posibilidad de acudir ante la Junta Nacional en caso de ser necesario, no como instancia o apelación sino como segundo perito, el medio de convicción es perfectamente válido.

2.3.3 Firmeza Del Experticio. Con la actuación señalada, esto es, la contradicción del dictamen pericial, se obtiene la firmeza del experticio, superando la discusión sobre si la notificación de la determinación y los recursos que contra ella proceden, solo es viable cuando el dictamen de la Junta se emite como procedimiento legal, extrajudicial y anticipado y, no cuando se profiere como prueba judicial dentro del proceso ordinario laboral oral.

En conclusión podemos afirmar que, las concepciones interpretativas extremas no son las que debe asumir el operador judicial para resolver las antinomias del ordenamiento jurídico y, el carácter indeterminado de los conceptos legales, para así para obtener una decisión judicial satisfactoria frente a las exigencias que impone el estado social de derecho.

Ante la insuficiencia de los criterios interpretativos extremos, desde mediados del siglo anterior, se han presentado alternativas hermenéuticas tendientes a obtener decisiones judiciales razonables y responsables dentro de sociedades democráticas.

Hoy, los principios generales e integradores del ordenamiento jurídico tienen fuerza vinculante reforzada, destacándose el papel del juez en materia de derechos sociales, cuya materialización está ligada a la preponderancia de los principios que los orientan, atendiendo principios y valores contenidos en normas constitucionales y en tratados internacionales.

Por ello, la perspectiva con la que ha de mirarse la normativa sobre seguridad social y su aplicación no puede reducirse a la escueta construcción de un silogismo lógico en el que, dada una premisa mayor de la norma formal vigente, en la cual se contiene un supuesto fáctico, si la premisa menor coincide con el hecho subsumido en la ley, deba hacerse efectiva la consecuencia que en abstracto la regla predica. Ahí está la razón por la cual el legislador tiene en cuenta valores y principios sociales que

permitan dotar de justicia a la norma jurídica que la Constitución le ha encargado crear ¹⁸¹.

En este orden, consideramos que la teoría del derecho dúctil es el criterio interpretativo jurídico - procesal, que consideramos tiene las condiciones para resolver el problema jurídico planteado en este trabajo, pues, el operador judicial debe asumir un modo de pensar posibilista o de la posibilidad, que se adecúe a la vida individual y social que reclama el Estado Constitucional actual, desechando la rigidez sin matices y flexibilidad, acudiendo a la realidad viva de las experiencias sociales, buscando la solución adecuada al caso, ya que, no se encuentra determinado por la prevalencia de un solo valor o de un solo principio, por el contrario, debe procurar la salvaguarda de varios simultáneamente, en tanto que, la jurisprudencia intenta realizar positivamente la concordancia práctica de las diversidades e incluso de las contradicciones, mediante prudentes soluciones, acumulativas, combinatorias, compensatorias que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto.

¹⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 35319, (08, mayo, 12). M.P. Elsy del Pilar cuello Calderón. P. 16.

CONCLUSIONES

Ante la evidente importancia del dictamen pericial de las Juntas de Calificación de Invalidez para obtener derechos fundamentales irrenunciables como las pensiones de invalidez o sobrevivencia o las diferentes prestaciones económicas derivadas de la disminución en la capacidad laboral de un individuo, sean de origen común o profesional; el operador judicial, como juez director del proceso, debe encontrar de manera razonable y adecuada, dentro del ordenamiento jurídico, la forma de privilegiar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la primacía del derecho sustancial, superando los problemas que en la práctica presenta la producción y contradicción del dictamen emitido como prueba judicial, que impiden cumplir los principios regulatorios del procedimiento en el proceso ordinario laboral oral.

Siendo ello así, las concepciones interpretativas extremas no resuelven las antinomias del ordenamiento jurídico y, el carácter indeterminado de los conceptos legales, para lograr obtener una decisión judicial satisfactoria frente a las exigencias que impone el estado social de derecho.

Por ello, debido a la insuficiencia de los criterios interpretativos extremos, desde mediados del siglo anterior, se han presentado alternativas hermenéuticas tendientes a obtener decisiones judiciales razonables y responsables dentro de sociedades democráticas.

Hoy, los principios generales e integradores del ordenamiento jurídico tienen fuerza vinculante reforzada, destacándose el papel del juez en materia de derechos sociales, cuya materialización está ligada a la preponderancia de los principios que los orientan, atendiendo principios y valores contenidos en normas constitucionales y en tratados internacionales.

Entonces, la perspectiva con la que ha de mirarse la normativa sobre seguridad social y su aplicación no puede reducirse a la escueta construcción de un silogismo lógico en el que, dada una premisa mayor de la norma formal vigente, en la cual se contiene un supuesto fáctico, si la premisa menor coincide con el hecho subsumido en la ley, deba hacerse efectiva la consecuencia que en abstracto la regla predica. Ahí está la razón por la cual el legislador tiene en cuenta valores y principios sociales que

permitan dotar de justicia a la norma jurídica que la Constitución le ha encargado crear¹⁸².

Y es que, el debate contemporáneo de la interpretación judicial hace referencia al papel de los principios en el derecho, especialmente en la práctica judicial, ante el protagonismo social y político de los jueces y la constitucionalización del derecho en gran parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. Atendiendo que las decisiones judiciales impactan no solo en el ámbito jurídico sino a la sociedad en general, exigiendo operadores judiciales con mayor sensibilidad por los resultados prácticos de sus determinaciones. Hoy los ordenamientos jurídicos no solo están conformados por reglas jurídicas sino por principios que se caracterizan por orientar la decisión judicial de determinada manera, pero sin imponerla en forma concluyente. Entonces, mientras las reglas son mandatos definitivos que se aplican según un modelo de todo o nada, los principios son mandatos de optimización, que tienen una dimensión de peso que conlleva ponderación o balanceo en caso de tensión entre ellos. Y aunque existe controversia sobre si la diferencia entre principios y reglas es o no cualitativa, pocos teóricos desconocen que aquellos tienen un papel mucho más importante en el derecho de lo que suponían los teóricos positivistas, que centraron su análisis en la estructura de las reglas y del sistema jurídico¹⁸³.

La teoría del derecho dúctil es el criterio interpretativo jurídico - procesal, que consideramos tiene las condiciones para resolver el problema jurídico que se planteó en este trabajo, esto es, la tensión existente entre los principios de oralidad, publicidad, concentración, inquisitivo e inmediación que regulan el procedimiento laboral oral, restringido por el legislador a dos audiencias frente a los principios de debido proceso y primacía del derecho sustancial, materializados en los tiempos y oportunidades legales para producir y contradecir la prueba del dictamen pericial emitida por las Juntas de Calificación de Invalidez, la pronta resolución judicial, así como la determinación y aplicación de plazos razonables.

Ello es así, pues, en procura de la convivencia humana el operador judicial debe asumir un modo de pensar posibilista o de la posibilidad, que se adecúe a la vida individual y social que reclama el Estado

¹⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 35319, (08, mayo, 12). M.P. Elsy del Pilar cuello Calderón. P. 16.

¹⁸³ BONORIO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Filosofía del Derecho. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2002. P. 87.

Constitucional actual, desechando la rigidez sin matices y flexibilidad, acudiendo a la realidad viva de las experiencias sociales, buscando la solución adecuada al caso, pues, no se encuentra determinado por la prevalencia de un solo valor o de un solo principio, por el contrario, debe procurar la salvaguarda de varios simultáneamente, en tanto que, la jurisprudencia intenta realizar positivamente la concordancia práctica de las diversidades e incluso de las contradicciones, mediante prudentes soluciones, acumulativas, combinatorias, compensatorias que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto. Sin que sea dable considerar la labor del juez como una racionalidad formal, *scientia juris*, solo orientada por los contenidos, por el texto de la regla, su función es la creación de la *juris prudentia*, progresión cuantitativa que persigue lo más apropiado, lo más adecuado, lo más oportuno, esto es, la denominada razonabilidad o, prudencia en el tratamiento del derecho, actitud y predisposición a obtener soluciones dúctiles en la resolución de las expectativas legítimas de los ciudadanos y de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. Segunda edición: 1998. Distribuciones Fontamara S.A.

------. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Presentación de Carlos Bernal Pulido. Primera impresión: agosto de 2003. Universidad Externado de Colombia. Traducción de Carlos Bernal Pulido.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la Seguridad Social. En Pensión de Invalidez del Sistema de Pensiones. El Estado de Invalidez y su Determinación. Tercera Edición. Colombia.

BEHAR RIVERO, Daniel. Metodología de la investigación. Editorial Shalom. 2008.

CAGUASANGO VILLOTA, Dolly Amparo. El nuevo proceso laboral. 2009. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 105, (24, octubre, 31), "Sobre organización judicial y procedimiento civil". Diario Oficial No 21.823, de 24 de octubre de 1931.

-----.. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 41.148, 1993.

------. Ley 776. (17, diciembre, 2002). Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales. Diario Oficial N° 45.037, 2002.

------. Ley 794, (08, enero, 03) Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 45.058 de 9 de enero de 2003.

----- Ley 1562. (11, julio, 2012). Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional. Diario Oficial N° 48.488, 2012.

----- Ley 1564, (12, julio, 12), Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA, CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, Acuerdo 06, (22, octubre, 12). Por medio del cual se reglamentan algunas actividades académicas de la Maestría y el Doctorado en Derecho y se deroga el Acuerdo 01 de 07 de junio de 2012.

COLOMBIA, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Acuerdo PSAA14 - 10281, (24, diciembre, 2014). Por medio del cual se reglamenta el sistema de evaluación de servicios de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial.

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO. Decreto 1352. (26, junio, 2013). Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 48.834, 2013. Artículo 40, inciso 1°.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2158, (24, junio, 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial N° 26.761, 1948. Adoptado como legislación permanente por el Decreto 4138, 1948. Artículo 45. Modificado por la Ley 1149 de 2007. Artículo 5.

----- Decreto 1400, (06, agosto, 1970). Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial N° 33150, 1970. Artículo 233, modificado por el Código General del Proceso.

----- Decreto 2282 (07, octubre, 89), con el cual se introducen algunas reformas al régimen probatorio, previsto en el Código de Procedimiento Civil Colombiano, Diario Oficial No. 39.013 de 7 de octubre de 1989.

-----. Decreto 19. (10, enero, 2012). Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario Oficial N° 48.308, 2012.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Plan Sectorial de Desarrollo de la Rama Judicial, 2003 – 2006, página 32.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 093, (08, febrero, 93), M.P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

-----. Sentencia C – 301, (02, agosto, 93), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

-----. Sentencia C – 544, (25, noviembre, 93), M.P. Antonio Barrera Carbonell.

-----. Sentencia C – 416, (22, septiembre, 94), M.P. Antonio Barrera Carbonell.

-----. Sentencia C -652, (03, diciembre, 97), M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

-----. Sentencia C – 742, (06, octubre, 99), M.P. José Gregorio Hernández.

-----. Sentencia C – 426, (29, mayo, 02), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

-----. Sentencia C – 662, (08, julio, 04), M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

-----. Sentencia C – 1002, (12, octubre, 04). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

-----. Sentencia C - 1177, (08, abril, 05), M.P. Jaime Córdoba Triviño.

-----. Sentencia C – 985, (26, septiembre, 05), M.P. Alfredo Beltrán Sierra,

- Sentencia C – 1083, (24, octubre, 05), M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Sentencias C - 483 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C – 124, (01, marzo, 11). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C – 279, (15, mayo, 13) M.P. Jorge Pretelt Chaljub.
- Sentencia SU-067, (24, febrero, 93), M.P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T - 006 (12, mayo, 92), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T – 046, (15, febrero, 93), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T – 231, (16, marzo, 94). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T – 275, (15, junio, 94), M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-268, (18, junio, 96), M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T – 502, (27, mayo, 97), M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia T – 292, (10, mayo, 99) M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T – 240, (05, abril, 02), M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Sentencia T - 436, (28, abril, 05). M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

----- Sentencia T – 796, (21, septiembre, 06). M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia 24223, (25, mayo, 05). M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego.

----- Sala de Casación Laboral. Sentencia 24392, (29, junio, 05). M.P. Carlos Isaac Nader.

----- Sala de Casación Laboral. Sentencia 25505, (30, agosto, 05). M.P. Eduardo Adolfo López Villegas y Luis Javier Osorio López.

----- Sala de Casación Laboral. Sentencia 26591, (04, abril, 06). M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

----- Sala de Casación Laboral. Sentencia 29328, (13, septiembre, 06). M.P. Carlos Isaac Nader.

----- Sala de Casación Laboral. Sentencia 29622, (19, octubre, 06). M.P. Carlos Isaac Nader.

----- Sala de Casación Laboral. Sentencia 27528, (27, marzo, 07). M.P. Luis Javier Osorio López.

----- Sala de Casación Laboral. Sentencia 31017, (04, septiembre, 07). M.P. Eduardo Adolfo López Villegas.

----- Sala de Casación Laboral. Sentencia 35097, (06, marzo, 12). M.P. Luis Gabriel Mirando Buevas.

----- Sentencia de 08 de mayo de 2012. Magistrada Ponente: Elsy del Pilar Cuello Calderón (Sentencia 35319), pág. 15, 16, 18. Copia tomada directamente de la corporación)

----- . Sala de Casación Laboral. Sentencia 38614, (26, mayo, 12). M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

----- . Sala de Casación Laboral. Sentencia 37892, (24, julio, 12). M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

----- . Sala de Casación Laboral. Sentencia 35450, (18, septiembre, 12). M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. P. 11.

----- . Sala de Casación Laboral. Sentencia 40050, (08, mayo, 13). M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

DESCONOCIDO, artículo: Historia de los Peritos. Tomado de la página web: <http://perito.biz/historia/>

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Quinta reimpresión. Barcelona. Editorial Ariel. 2002.

LOS GOBIERNOS SIGNATARIOS, MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA. Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

OEA, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Pacto de San José (07 a 22, noviembre, 69).

ONU, ASAMBLEA GENERAL. Declaración Universal de los Derechos del Hombre. (10, diciembre, 48).

PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio. Décima Tercera Edición. Colombia: Ediciones Librería Profesional.

----- . Tratado de la Prueba Judicial, la Prueba Pericial. Tomo V, Segunda Edición. Colombia: Ediciones el Profesional.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, José Eduardo. De crisis en crisis: limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia. Editado por la Universidad Autónoma de Colombia.

----- . La Agonía del Estado de Derecho Positivo. Editado por la Universidad Autónoma de Colombia.

SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO, denominado ZIVILJUSTIZSYSTEME, ZIVILGERICHTSVERFAHREN UND JURISTENBERUFE IM INTERNATIONALEN VERGLIECH, dirigido por los profesores Dr. Petermgüilles y Dr. Takeshi Kojima, (enero y febrero, 1992: Frankfurt a M., Alemania). BERTOLINI, Julio. Proceso, Democracia y Humanización. Ponencia.

SILVA MELERO, Valentín. La prueba Procesal. Tomo I. (1967). Madrid. Editorial Revista de Derecho.

SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel, Peritación o la prueba por peritos. Tomado de la página web: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/23-24/7-DanielSuarez.pdf>.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La Motivación de las Sentencias y el Papel del Juez en Estado Social y Democrático de Derecho. Publicado en la Revista Pensamiento Jurídico N° 4. Universidad Nacional de Colombia.

----- y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Décima Edición. Madrid. Editorial Trotta, S.A.